Kritische Bemerkungen

Schliemann

<36631029140018

Kritische Bemerkungen

zum

Entwurf eines allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuches

(nach den Beschlüssen der zweiten Lesung)

von

Dr. A. Schliemann,
Großherzogl. Mecklenburg-Schwerinschem Justizrath.

Schwerin, 1858.
Oertzen und Schloepke.

I.

Die privatrechtlichen Bestimmungen des Handelsrechts und das übrige bürgerliche Recht.

Der Handelsgesetzentwurf enthält handelspolizeiliche, — processualische, — privatrechtliche Bestimmungen. Ein geringer Theil der letzteren setzt Normen für factische Verhältnisse, die nur beim Handel vorkommen können, die größere Mehrzahl ist allgemeinerer Natur.

Hält man die Bestimmungen des Entwurfs der letzteren Art mit dem gemeinen Privatrechte[1]) (sei es Römischen oder Deutschen Ursprungs) zusammen, so lassen sich hier folgende Classen unterscheiden:

1) Einzelne Rechtssätze stehen bereits auch im Gebiete des gemeinen Rechts unzweifelhaft fest.
2) Andere entscheiden eine Controverse des gemeinen Rechts.
3) Noch andere stellen neue Rechtssätze hin, d. h. versehen (allgemeine) factische Verhältnisse mit einer rechtlichen Bestimmung, wo es bisher an solcher fehlte.
4) Eine vierte Classe endlich stellt Normen auf, die mit den Bestimmungen des gemeinen Rechts im Widerspruche stehen.

In den Fällen sub 2, 3, 4 ist nun das Bedürfniß für die

---

1) Wir nehmen hier beispielsweise das gemeine Recht. Ganz dasselbe gilt von dem Privatrechte eines deutschen Landes, wo nicht gemeines Recht herrscht.

Entscheidung einer Controverse resp. für die Aufstellung neuer Rechtssätze und einer das gemeine Recht abändernden Bestimmung,

entweder blos auf das Handelsrecht beschränkt,

oder ein allgemeineres.

Beispiele werden das Gesagte näher erläutern.[2])

Ad 1. In die erste Classe gehören die Sätze Artikel 52 Satz 1, 93 Satz 1, 277, 320 Satz 1 und andere, verhältnißmäßig jedoch wenige.

Ihre Aufnahme war theils der Vollständigkeit und Abrundung wegen, theils in Rücksicht auf entgegenstehende Bestimmungen solcher Länder, in denen das gemeine Recht entweder nicht gilt, oder in der fraglichen Hinsicht abgeändert ist, nothwendig.

Ad 2. Der zweiten Classe gehören eine sehr große Anzahl einzelner Sätze an.

Es genügt hier zu verweisen auf die Bestimmungen über Stellvertretung beim Abschluß obligatorischer Verträge, vergl. Art. 50, 54, 57, 113, 114, 281, — über die Vertheilung des Gewinnes und Verlustes unter die Gesellschaft beim Mangel einer vertragsmäßigen Vereinbarung: 108, 251, — auf die Entscheidung der Frage, ob beim Kauf auf Besicht in dubio eine Suspensiv- oder Resolutiv-Bedingung anzunehmen sei u. s. w.

Ad 3. Beispiele der dritten Classe bietet unter Anderem der Abschnitt von der Erfüllung der Handelsgeschäfte dar. — Wenn die Erfüllung auf die Mitte eines Monats gestellt ist, wenn dieselbe mit dem Ablauf einer bestimmten Frist nach Abschluß des Vertrags erfolgen soll, — so ist hier die richterliche Beurtheilung bisher gesetzlich nicht beschränkt, ebenso bei der Frage, in welchen Stunden des Tags erfüllt werden muß. Indem der Entwurf hier das Nähere vorschreibt, will er eine neue gesetzliche Bestimmung in dem vor-

2) Es ist sehr häufig zweifelhaft, in welche Classe die eine oder die andere Bestimmung gehört, namentlich gilt dieses von der zweiten und dritten Classe, wie aus den aufgeführten Beispielen hervorgehen wird. — Auch kann oft controvers sein, ob wirklich eine Controverse bezüglich eines bestimmten Rechtssatzes besteht. — Was ist nicht alles einmal von Jemand bestritten worden!

hin angegebenen Sinne einführen. Dasselbe gilt auch weiter von der Beantwortung der Frage, ob der Ueberbringer einer Quittung als zum Empfang der Zahlung ermächtigt anzusehen. Vergl. Art. 279. Bisher war die richterliche Prüfung durch einen Rechtssatz nicht beschränkt, nach dem Entwurfe soll der Richter durch eine gesetzliche Bestimmung gebunden werden. Hierher gehört auch der Art. 316, der Art. 271 in fine, ganz besonders aber die Bestimmung über die Perfection von Verträgen, vergl. 296 ff.[3])

Ad 4. Bei Weitem die meisten Sätze gehören der 4. Classe an. So z. B. die Art. 51, 52 Satz 2, 263, 264, 267, 269, 270, 272, 280, 282, 290 und viele andere.

Es ist nun nach meiner Meinung ganz unerläßlich, daß bei der demnächstigen gesetzlichen Sanctionirung des Entwurfs zugleich vom Gesetzgeber ausgesprochen wird, welchen einzelnen von den der 2., 3. u. 4. Classe angehörigen Bestimmungen eine über das Handelsrecht hinausgehende Bedeutung beigelegt werden soll.

Der Wissenschaft fällt diese Aufgabe nicht zu. Ist eine Controverse des gemeinen Rechts, um mit der zweiten Classe zu beginnen, zur Erledigung im Wege der Gesetzgebung reif, so ist es ungerechtfertigt, solche Entscheidung allein auf einen speciellen Theil des Rechts (das Handelsrecht) zu beschränken. Ist sie noch nicht bis dahin gediehen, so darf man auch nicht in einem speciellen Gebiete des Rechts mit einer gesetzlichen Fixirung hervorgehen. Es kann freilich Ausnahmen geben und das Bedürfniß vorliegen, für einen speciellen Theil des Rechts (das Han-

3) Wenn gesagt ist, daß die betreffenden Bestimmungen neu sind, so steht damit nicht in Widerspruch, daß die hier entschiedenen Fragen — zum Theil vielfach — Gegenstand theoretischer Erörterungen geworden sind. Durch Rechtssätze ist der Richter in der Beantwortung nicht beschränkt, z. B. auch nicht bei der viel besprochenen Frage, wann ein Vertrag inter absentes zu Stande gekommen.

Diese Controverse betrifft die Subsumtion von Thatsachen unter Rechtssätze, jene die Frage: was bestimmt dieser oder jener Rechtssatz? Wie gesagt, oft ist sehr zweifelhaft, wohin eine bestimmte Controverse gehört; die Unterscheidung selbst ist gerechtfertigt.

delsrecht) gesetzliche Bestimmung zu treffen, sei es nun, daß in diesem Gebiete die Streitfrage zur Entscheidung reif ist, oder aber daß hier wenigstens ein dringendes praktisches Bedürfniß das Einschreiten des Gesetzgebers fordert — und hierher mag vielleicht die Bestimmung des Entwurfs in Ansehung der Frage, ob, wer Schadenersatz zu fordern hat, regelmäßig auch das lucrum cessans in Anspruch nehmen darf, gehören, Art. 266. — Aber in einem solchen Falle hat der Gesetzgeber dieses bestimmt auszusprechen. Aehnlich verhält es sich mit den Sätzen, die der 3. Classe angehören. In der Mehrzahl der hierher gehörigen Fälle besteht ebenfalls über die rechtliche Auffassung des hier mit einer rechtlichen Bestimmung versehenen factischen Thatbestandes eine Controverse, die jedoch nicht, wie in den Fällen der 2. Classe, als Controverse über einen Rechtssatz erscheint, sondern — so lange es hier an einem Rechtssatze fehlt – nur die Subsumtion von Thatsachen unter allgemeine Rechtssätze zum Gegenstand hat. Es gilt auch hier das oben Bemerkte. Entweder liegt wirklich ein Bedürfniß vor, den Richter durch ein Gesetz zu binden, in diesem Falle wird regelmäßig das Bedürfniß ein ganz allgemeines sein, und sich nicht allein auf das specielle Gebiet des Handelsrechts erstrecken. — Ist es gerechtfertigt, um ein Beispiel zu nehmen, zu bestimmen, ob der Ueberbringer einer Quittung zur Entgegennahme des Geldes berechtigt ist, ob in der Uebersendung der Rechnung eine Mahnung liegt, wann ein Vertrag inter absentes zur Perfection gelangt, Art. 299 — so ist es ungerechtfertigt nur im Gebiete des Handelsrechts die richterliche Prüfung durch ein Gesetz zu beschränken. — Oder ein solches Bedürfniß ist nicht vorhanden — dann ist auch eine gesetzliche Fixirung in einem speciellen Gebiete des Rechts nicht gerechtfertigt. Auch hier kann es Ausnahmen geben, aber auch hier hat der Gesetzgeber in solchen Ausnahmsfällen bestimmt auszusprechen, daß die Entscheidung nur für das Handelsrecht gegeben sein solle.[4])

---

4) So ist es vielleicht ganz angemessen, nur für Handelsgeschäfte zu bestimmen, daß bei einer Offerte inter praesentes die Erklärung **sofort** ab-

Die Rechtssätze der 4. Classe anlangend, o liegt der Grund zur Abänderung entweder darin, daß ein bestimmter Rechtssatz in Widerspruch mit allgemeineren Rechtsgrundsätzen steht, indem er vielleicht noch als einzelnes Stück eines im Großen und Ganzen überwundenen Standpunktes erscheint, — wie es ja solche Sätze im Römischen Rechte noch giebt — oder aber in einem dringenden praktischen Bedürfnisse, welches zur Aufhebung der Consequenzen des strengen Rechts hinführt. Im ersten Falle würde der Gesetzgeber generell (nicht für das Handelsrecht) eine abändernde Bestimmung treffen müssen, im zweiten wird der Gesetzgeber zu erwägen haben, ob das praktische Bedürfniß sich nur auf ein specielles Gebiet beschränkt.[5])

Es ist aber auch weiter in den Folgen, und zwar nach einer zwiefachen Seite hin, höchst bedenklich, der Wissenschaft (und der Praxis) jene Aufgabe zuzuweisen.

Zunächst würde zu den alten Controversen die neue — nach der Tragweite der im Entwurfe enthaltenen Bestimmungen — hinzukommen, und wo der Entwurf das frühere Recht abändert, würden neue Controversen entstehen, wo früher keine bestanden. Mehr aber noch liegt das Bedenkliche in einem zweiten Punkte, darin, daß möglicher Weise ein Dualismus im Rechte entsteht — daß eine zwiefache Familie von Obligationen hervorgerufen wird: aus Handelsgeschäften und Verträgen, die nicht Handelsgeschäfte sind, beide nach wesentlich abweichenden Grundsätzen beurtheilt, in ihrer Entstehung, wie in ihren Wirkungen. Man setze für die ersteren einen besonderen Richterstand, ein besonderes processualisches

---

gegeben werden muß, widrigenfalls die Offerte als erloschen zu betrachten, Art. 296 — und für Verträge anderer Art das richterliche Ermessen, wie lange die (nicht widerrufene) Offerte besteht, nicht zu beschränken. Daß aber z. B. nicht gerechtfertigt sein würde, den Zeitpunkt, wann ein schriftlicher Vertrag zur Perfection gekommen, im Wege der Gesetzgebung nur für Handelsgeschäfte zu bestimmen — leuchtet wohl ein.

5) Die Mehrzahl der hierher gehörigen Bestimmungen des Entwurfs ist offenbar nur durch die speciellen Bedürfnisse des Handels hervorgerufen und wird demnach blos auf das Gebiet des Handelsrechts zu beschränken sein.

Verfahren, und jener Dualismus hat feste Formen erlangt, die ihn innerlich noch mehr — und auf längere Dauer — ausbilden müssen. Der Nachtheil auf beiden Seiten — dem übrigen bürgerlichen Rechte wäre die Nahrung für die Fortbildung, dem Handelsrechte für die Tieferbildung und systematische Begründung entzogen, — der sich in einem jeden einzelnen deutschen Lande herausstellen müßte, wäre nicht aufgewogen durch den Vortheil eines einheitlichen Handelsrechts in Deutschland.

Beiden Gefahren zu begegnen, ist Sache des Gesetzgebers. Die erstere würde freilich auch beseitigt werden durch das unbedingte Verbot weiterer Ausdehnung, aber um so unvermeidlicher wäre die zweite. Es ist hier eine eingehende Prüfung nothwendig, welche von den Bestimmungen des Entwurfs durch ein allgemeines Bedürfniß, welche nur durch das Bedürfniß des Handelsverkehrs hervorgerufen sind.

Bei dieser Prüfung der Gesetzgebung vorzuarbeiten, fällt nach meinem Erachten als Aufgabe der Commission zu. Die Protocolle mußten sich hierüber bestimmt aussprechen, da natürlich die Fassung des Entwurfs selbst keine Aenderung erleiden dürfte. Zuweilen ist dieses geschehen, so z. B. bei Berathung des Art. 53 (vergl. die Protocolle Seite 85), desgleichen bei Berathung über die Aufhebung der Lex anastasiana für den Fall der Cession einer aus einem Handelsgeschäfte originirenden Forderung, Art. 282, in den meisten Fällen dagegen nicht. Es ist hier jeder einzelne Satz nicht zunächst nach seiner Zweckmäßigkeit anzusehen, sondern vor Allem darauf, in welchem Verhältniß er zu dem übrigen bürgerlichen Rechte (dem gemeinen Rechte) steht.

Enthält er die Entscheidung einer Controverse, so hat sich das Bewußtsein, ob die Entscheidung blos durch das Bedürfniß des Handels hervorgerufen wird, auch äußerlich zu manifestiren, und das Gleiche gilt von den der 3. und 4. Classe angehörigen Sätzen.

II.

Die Theorie des Entwurfs über Stellvertretung beim Abschluß obligatorischer Verträge.

Es gehören hierher die Bestimmungen der Art. 50, 54, 57, 113, 114, 157, 215, 281. Um den Standpunkt, den der Entwurf in dieser Materie einnimmt, richtig zu würdigen, sowie in Rücksicht auf die Verhandlung in der 10. Sitzung (vergl. Protocolle S. 78) ist zunächst ein kurzer Blick auf die Entwicklung dieser Lehre im Römischen Rechte erforderlich.

a) Im ursprünglichen Römischen Recht war nur der institor (Mandatar) aus einem Vertrage mit einem Dritten berechtigt und verpflichtet. Der Principal (Mandant) seinerseits mußte sich die Contractsklage cediren lassen, und konnte solche Cession im Weigerungsfall mit der actio mandati directa erzwingen. Der dritte Contrahent hatte keine Klage gegen den Principal. Natürlich konnten der Institor und der dritte Contrahent sich über die Cession der dem ersteren zuständigen mandati contraria gegen den Principal einigen. Ein Recht und eine Pflicht zur Cession bestand nicht. Der Institor rem debebat, non actionem.[6])

b) Die Fortentwickelung offenbarte sich zunächst darin, daß dem dritten Contrahenten, falls der Institor innerhalb der Grenzen seiner Vollmacht und unter Bezugnahme auf den Principal[7])

---

6) Gegen von Savigny, Obligationsrecht II. Seite 62.

7) Ob Letzteres erforderlich ist, ist freilich bestritten.

contrahirt hatte, neben der Contractsklage gegen den Institor noch eine Klage gegen den Principal gegeben wurde.[8]) — Diese Klage wurde später ausgedehnt auf jedes Mandat (quasi institoria actio).

Hinsichtlich der Berechtigung des Principals, gegen den Dritten zu klagen, war damit keine Aenderung eingetreten. Nach wie vor mußte derselbe sich erst die Klage cediren lassen.

c) Ursprünglich nur im Nothfall (si aliter rem suam servare non potest), demnächst vielleicht — was freilich bestritten ist — in jedem Falle wurde die Cession, die erzwungen werden konnte, als geschehen fingirt.

Der Principal klagte jetzt gegen den Dritten, aber nicht aus eigenem Rechte, sondern nur aus dem Rechte des Institor. Die praktische Wichtigkeit dieses Satzes offenbart sich namentlich in der Zulässigkeit von Compensationseinreden, die gegen den Institor begründet waren.

d) Soweit herrscht — wenn auch nur einigermaßen — Einverständniß.

Dagegen ist Gegenstand lebhafter Controverse:

ob das Römische Recht in letzter Entwicklung über diesen Standpunkt hinausgegangen ist, und eine directe Stellvertretung in der Weise zugelassen hat, daß unmittelbar in der Person des Principals (Mandanten) die Obligatio begründet wird. (So insbesondere Savigny.)

Die Meinungen derer, welche dieses in Abrede stellen, gehen in Ansehung des heutigen Rechts auseinander.

Ein Theil hält den römischen Standpunkt für das heutige Recht fest.

Andere adoptiren für das heutige Recht den Satz, den Savigny bereits dem Römischen Rechte vindicirt: die Obligatio wird unmittelbar in der Person des Mandanten begründet.

Andere endlich nehmen zwar im praktischen Resultate an, daß nur dem Mandanten die Klage auf Erfüllung zusteht, nur

---

8) Die Contractsklage mit dem Zusatz nstitoria actio. Ursprünglich gegen den magister navis, exercitoria actio.

dieser wirksam belangt werden kann, halten aber gleichwohl daran fest, daß die Obligatio unmittelbar nur in der Person des Mandatars begründet wird, indem sie jenen Satz bald auf die eine, bald auf die andere Art zu begründen versuchen.[9]) —

Der von der Commission bei der ersten Berathung zu Grunde gelegte Entwurf lautete im Art. 41:

durch das Rechtsgeschäft, welches ein Factor auf Grund seines Auftrags im Namen des Principals schließt, wird der Principal dem Dritten gegenüber ebenso verpflichtet, als wenn er das Geschäft selbst geschlossen hätte.

Diese Fassung ist jedoch nach Seite 78 der Protocolle abgelehnt, weil man es für bedenklich hielt, die über die Stellvertretung im Civilrechte bestehende Controverse durch Annahme und Sanctionirung der vielbekämpften Savigny'schen Theorie zu entscheiden, und nur nöthig erachtete „die Frage, ob der Principal „aus den Geschäften des Procuristen sofort Rechte und Pflich„ten erlange, oder nur ex jure cesso klagen könne," in dem ersteren Sinne zu entscheiden. Allein der letztere Satz enthält in seinen beiden durch „oder" getrennten Gliedern entweder keinen Gegensatz, oder doch einen Gegensatz, über welchen die Bestimmung des Entwurfs selbst hinausgegangen ist. Er enthält einen Gegensatz, wenn ex jure cesso besagen soll: erst nach wirklich Statt gehabter „Cession," und zwar folgenden:

der Principal kann sofort klagen, ohne daß er nöthig hat, sich zuvor die Klage vom Institor cediren zu lassen;

der Principal muß sich vorher die dem Institor zuständige Klage cediren lassen.

Er enthält keinen Gegensatz, wenn ex jure cesso besagen soll: aus dem Rechte des Institors, gleichviel ob nach wirklich vorgenommener Cession oder ficta cessione. Diesen Sinn zu Grunde gelegt, würde der Gegensatz sein: der Principal ist aus eigenem Rechte zur Klage berechtigt, oder, was gleich ist, der

---

9) Bemerkenswerth ist die Ausführung von Thöl, auf welche wir weiterhin zurückkommen werden; vergl. Anmerkung 11.

Principal ist unmittelbar (im Gegensatz zur Begründung seines Rechts aus der Person des Institor) berechtigt.

Legt man die erstere Deutung zu Grunde, so muß man annehmen, der Entwurf habe auch nur aussprechen wollen, daß der Principal, ohne daß eine Cession nothwendig wäre, sofort klagen kann, was auf den oben sub c dargelegten Standpunkt des Rechts hinweisen würde. — Die Bestimmung des Entwurfs im Eingange des betreffenden Artikels

— wird der Letztere dem Dritten gegenüber berechtigt und verpflichtet

steht hiermit nicht in Widerspruch. Aber in Widerspruch mit dieser Annahme steht der Satz:

zwischen dem Procuristen oder Bevollmächtigten und dem Dritten erzeugt das Geschäft weder Rechte, noch Verbindlichkeiten.

Ist dieses der Fall, so kann die Klage des Principals auch nicht eine Klage aus dem Rechte des Institor (ficta cessione) sein. Mit jener Bestimmung stellt sich der Entwurf auf den Standpunkt: der Principal hat aus eigenem Rechte die Forderung auf Erfüllung des Vertrags gegen den Dritten. Nur ist der Ausdruck hier wohl nicht der adäquate. Allenfalls könnte man von dem Standpunkte des Römischen Rechts (oben sub c) den Satz aufstellen, der Institor wird nicht berechtigt, sondern der Principal, indem nach dieser Auffassung das Recht des Institor im Augenblick der Entstehung auf den Principal übergeht, und es einer Certioration an den Dritten von Seiten des Principals vielleicht nicht bedürfen möchte.[10]) Es muß nach meiner Ansicht bestimmt ausgesprochen werden, daß der Principal aus eigenem Rechte die Forderung auf Erfüllung gegen den Dritten hat. Gemeint ist dieses ohne Frage. Schwerlich soll doch wohl gegen die Klage des Principals eine in der Person des Institor für den dritten Contrahenten begründete Compensations-Einrede für zulässig erachtet werden! — Es dürfte sich vielleicht folgende Fassung empfehlen:

---

10) Was freilich sehr bedenklich ist. Thöl, Handelsrecht, S. 94.

Aus einem Rechtsgeschäfte, welches ein Procurist oder ein Handelsbevollmächtigter gemäß der Procura oder Vollmacht im Namen des Principals schließt, wird nur der Letztere verpflichtet, wie ihm auch allein und zwar aus eigenem Rechte die Forderung auf Erfüllung zusteht.

Der Entwurf stellt sich, wie bemerkt, zwar auf den Standpunkt, wonach der Principal und nur der Principal dem dritten Contrahenten gegenüber verhaftet ist, umgekehrt aber auch ihm allein und zwar aus eigenem Rechte die Forderung auf Erfüllung zusteht, läßt aber unbestimmt, ob die Obligatio unmittelbar zwischen dem Principal und dem Dritten begründet wird. — Darin liegt zwar ein bedeutender Fortschritt einerseits, aber andererseits ein Mangel, da die Entwickelung der weiteren Consequenzen des im Entwurfe ausgesprochenen Satzes nothwendig von einer bestimmten Ansicht ausgehen muß.[11])

---

11) Ein besonderes Verdienst um die Lehre von der Stellvertretung gebührt Thöl, der in den verschiedenen Ausgaben seines Handelsrechts mit Vorliebe und mit gewohntem Scharfsinn auf diese Lehre eingegangen ist. — Gleichwohl glaube ich, daß der Standpunkt, den er hier einnimmt, nicht blos nicht haltbar ist, sondern daß Thöl mit seinen eigenen Deductionen in Widerspruch tritt. Consequent müßte er selbst zu der von ihm bekämpften Ansicht, daß, wenn der Mandatar dem Mandate gemäß im Namen des Mandanten contrahirt, die Obligatio unmittelbar in der Person des Mandanten und des Dritten begründet wird, gelangen.

Der Auftrag des Mandanten geht dahin

„contrahire in meinem Namen"

und der Mandatar erklärt:

„ich kaufe (verkaufe ꝛc.) im Namen des N. N."

Will man diese Worte urgiren, so muß man freilich zugeben, daß der Mandatar (nach Intention des Mandanten) Subject der Obligatio werden soll und werden will. Denn wer contrahirt, ist Contrahent, d. h. Subject der Obligatio. Aber wenn sich etwa nachweisen lassen sollte — was weiterhin nachgewiesen werden wird — daß der Mandant selbst die Absicht hat, Subject der Obligatio zu werden, daß der Mandatar und der dritte Contrahent hiemit zusammenstimmen, dann muß man sagen: der Ausdruck, dessen der Mandant sich bedient „contrahire in meinem Namen," der Ausdruck, mit welchem der Mandatar den Auftrag vollzieht, „ich contrahire im Namen des N. N." ist

Dieselben Bestimmungen, die für den Abschluß von Rechtsgeschäften durch Procuristen und Handlungsbevollmächtigte vor-

---

ein ungenauer. Und wenn sich dieses nachweisen läßt, so ergiebt sich auch, daß die Gegenüberstellung,

des nuncius, der blos die Erklärung zu überbringen hat (oft nur ein „Ja"),

des Mandatars, der in fremdem Namen contrahirt,

unrichtig ist. — Ist der nuncius nicht etwa auch Mandatar? Der Unterschied wird bei dieser Gegenüberstellung darin liegen, daß der eine Mandatar (nuncius) den Auftrag hat, die Erklärung des Mandanten zu überbringen, der andere aber, zu contrahiren. Bei dieser Gegenüberstellung liegt also grade das ganze Gewicht auf dem „Contrahiren." — Ist diese Fassung daher richtig, so muß man sagen, der Unterschied besteht gerade darin, daß der Letztere contrahiren soll. Immer würde hier zutreffen, was Thöl sagt, „wer contrahiren soll, soll Contrahent werden, wer contrahirt, wird Contrahent." Von dieser Gegenüberstellung aus ist die Frage, um welche es sich handelt, „ob der, welcher mandatario nomine contrahirt, Subject der Obligatio wird," schon vorweg mit „Ja" beantwortet. Denn hier kann man nicht mehr sagen, auf den Ausdruck „contrahiren" sei kein Gewicht zu legen, da ja gerade in jener Gegenüberstellung der ganze und alleinige Nachdruck darauf liegt. Will man erst die Antwort auf die Frage suchen, ob, wer mandatario nomine contrahirt, wirklich selbst contrahiren will, so darf man von jenem Gegensatze nicht ausgehen, da die Fassung jenes Gegensatzes schon die (bejahende) Antwort enthält.

Wir stellen den Satz an die Spitze, wer contrahiren will, will selbst berechtigt, resp. verpflichtet werden. Will Jemand erkennbar Letzteres nicht, so will er auch nicht contrahiren, wenn er schon den Ausdruck gebrauchen mag. Es ergiebt sich dann gerade, daß der Ausdruck uneigentlich gebraucht ist, und er etwas Anderes sagen will, als was er sagt. Wir fragen daher, ob derjenige, welcher einem Andern den Auftrag giebt „kaufe in meinem Namen ein Reitpferd," die Absicht hat, daß dieser Andere aus dem Kaufcontract berechtigt, resp. verpflichtet werden soll, oder ob er selbst aus dem Kaufcontract dem Verkäufer gegenüber berechtigt und verpflichtet werden will? Ob der Mandatar, der erklärt „ich kaufe im Namen des N. N.," die Absicht hat, selbst aus dem Kaufcontracte berechtigt und verpflichtet zu werden, oder ob seine Intention dahin geht, daß der Mandant berechtigt und verpflichtet werden soll? Ob der Dritte, dem der Mandatar jene Erklärung abgiebt, die Absicht hat, dem Mandatar gegenüber berechtigt und verpflichtet zu werden, oder dem Mandanten? — So haben wir zu fragen, und wenn die Antwort dahin lautet: nach dem Willen sämmtlicher Interessenten soll der Mandant dem Dritten gegenüber

miren, sollen nach Art. 57 eintreten, wenn ein Handlungsgehülfe vom Principal zu Rechtsgeschäften beauftragt wird, nach Art. 281

berechtigt und verpflichtet werden, und zwar er allein, nicht der Mandatar, dann müssen wir auch zugeben, die Worte: „contrahire Du in meinem Namen" und: „ich contrahire im Namen des N. N." sind nicht wörtlich zu nehmen, da sie, wörtlich genommen, besagen, daß der Mandatar dem Dritten gegenüber berechtigt und verpflichtet werden soll.

Wohin geht nun die Absicht des Mandanten, der ausspricht: „contrahire in meinem Namen," des Mandatars, der erklärt: „ich contrahire im Namen des N. N.?" — Fragen wir einen Jeden, der solches Mandat ertheilt, einen Jeden, der solches Mandat annimmt (mit Ausnahme eines Juristen, dem die Controverse über die Zulässigkeit directer Stellvertretung im Sinne liegen mag), — er wird sofort mit der Antwort bei der Hand sein: „der Mandant will und soll (nach Absicht des Mandatars) allein berechtigt und verpflichtet werden. Es ist dies ein Satz der Erfahrung, der nicht wohl zu leugnen steht, den Thöl auch selbst ausdrücklich ausspricht. Der dritte Contrahent weiß um jene Absicht, will also auch seinerseits mit dem Mandanten, und nur mit dem Mandanten, in directe Beziehung treten. Ist nun nicht bereits im Römischen Rechte die Zulässigkeit der directen Stellvertretung in diesem Sinne anerkannt, so muß man auf dem Standpunkt des heutigen Rechts von jenem Erfahrungssatze aus dazu gelangen.

Wie bemerkt: Thöl erkennt diese Intention der handelnden Partheien an. Ausdrücklich sagt er S. 109: „die Pflicht der Erfüllung ist als eine nur vom Mandanten gewollte und gesollte contractlich festgestellt worden." Dieses würde nun dahin führen müssen, zu sagen: folglich wird auch der Mandatar gar nicht, nur der Mandant verpflichtet und berechtigt. So weit geht Thöl nicht. Der Mandatar kann nur die Klage durch eine exceptio doli von sich abwenden (S. 108). Darnach ist also die Klage an sich gegen den im fremden Namen abschließenden Mandatar begründet. Aber in der nähern Explication dieses Satzes, verbis: „aber genauer so zu verstehen", gelangt Thöl zu dem Satze: „die Klage ist auch an sich durch den Umstand, daß der Mandatar (Institor) alieno nomine contrahirt, nicht begründet. Damit stimmt die Behauptung überein (Seite 94), daß, wenn der Mandatar im Namen des Mandanten contrahirt habe, abweichend vom Römischen Rechte dem Letztern und lediglich dem Letztern die Klage zusteht. Einen Widerspruch enthält es jedoch, wenn er S. 96 sagt: „der Mandatar (Institor) kann wie im Römischen Rechte, so auch heutzutage, nur mit einer zwiefachen Wirkung contrahiren, entweder so, daß nur er, oder so, daß er und der Principal aus dem Contracte verpflichtet wird."

Wenn man nun für das heutige Recht annimmt, der Mandatar, der alieno nomine einen Vertrag schließt, soll nach Absicht des Mandanten nicht

bei einer bloßen Vollmacht zu Handelsgeschäften, desgleichen bei Rechtsgeschäften, welche ein Mitglied einer offenen Handelsgesellschaft im Namen derselben schließt.

---

selbst das Forderungsrecht aus dem Vertrage erwerben, vielmehr nur der Mandant, und will selbst ein Forderungsrecht nicht erwerben; er soll nach Absicht des Mandanten nicht verpflichtet werden, vielmehr nur der Mandant, und will seinerseits auch selbst sich nicht obligiren, so muß man auch annehmen, nur der Mandant, nicht der Mandatar wird berechtigt und verpflichtet, und wenn man dieses Alles zugesteht, so muß man auch weiter sagen: der Mandant ist als Contrahent zu betrachten, nicht der Mandatar, und es beruht nur auf einem ungenauen Ausdruck, wenn der Letztere erklärt: „ich contrahire im Namen des N. N.", da er selbst nicht contrahiren, d. h. Subject der Obligatio werden will. — Will man trotzdem behaupten, der Mandatar contrahire selbst, so nimmt man dabei den Ausdruck „contrahiren" in einem andern Sinne, als derselbe von Allen gebraucht wird, und der Streit würde auf einen Wortstreit hinauslaufen. — Erklärlich erscheint es somit, daß auch bei Thöl sich Seite 99 und 100 eine Definition von „contrahiren" findet, die schwerlich haltbar sein dürfte. Es heißt dort „contrahirt, d. h. durch seinen Willen die Obligatio begründet." In diesem Sinne genommen, würde auch contrahiren, wer die negotia eines Andern gerirte.

In jenen Worten liegt nun aber freilich ein richtiges Moment angedeutet, welches denjenigen, der den Auftrag erhält, im Namen eines Anderen zu contrahiren (wir müssen uns noch vorläufig dieses ungenauen Ausdrucks bedienen, werden aber weiterhin die richtige Bezeichnung an dessen Stelle setzen), von dem bloßen nuncius unterscheidet. Wenn sich Jemand eines nuncius bedient, um den Abschluß eines Vertrags herbeizuführen, so ist der Vertragswille des Mandanten (es wird nach dem Obigen keinen Anstand haben, den Absender des nuncius so zu bezeichnen) schon ein nach allen Seiten hin völlig bestimmter. Er will also z. B. nicht etwa bloß im Allgemeinen ein Reitpferd kaufen, sondern ein ganz bestimmtes Pferd, nicht im Allgemeinen bis zum Preise von 30 Louisd'or gehen, sondern er will bestimmt, 25 Louisd'or dafür zahlen, er will nicht etwa im Allgemeinen von irgend Jemandem das Pferd kaufen, sondern von einer bestimmten Person. Sein Auftrag lautet dahin: sage dem N. N., ich lasse ihm für das und das Pferd 25 Louisd'or bieten (oder ich acceptire sein Angebot). Der Vertragswille des Mandanten ist bei ihm selbst zu derjenigen Perfection gekommen, welche zum Abschluß eines Kaufs erforderlich ist, und diesen seinen Vertragswillen soll der Mandatar dem Andern im Namen des Mandanten aussprechen.

Verschieden davon ist der Fall, wo der Vertragswille des Mandanten noch nicht so weit zur Perfection gekommen ist, als erforderlich ist, damit ein Vertrag entstehe. Hier kann er einem Andern den Auftrag geben: gieb Du

Der Art. 281 bedarf jedoch noch einer näheren Beleuchtung. Es wird hier gesagt, daß in Betreff des Verhältnisses zwischen dem Vollmachtgeber, dem Bevollmächtigten und dem Dritten, mit welchem der Bevollmächtigte Namens des Vollmachtgebers das Geschäft abschließt, die Bestimmungen des Art. 50 zur Anwendung kommen. Es fehlt hier jedoch an der bestimmten Hervorhebung eines Moments, welches überall nicht genugsam gewürdigt sein dürfte.[12])

---

meinem allgemeinen, auf Abschließung des Kaufs über ein Pferd innerhalb bestimmter Grenzen gerichteten Willen die zum Vertragsabschluß nöthige Bestimmtheit, und erkläre ihn dann dem Dritten als meinen Willen; innerhalb jener Grenzen erkenne ich denselben, wie ich Dir jetzt erkläre, und Du dem Dritten erklären sollst, als den meinigen an. Dies ist der Sinn, wenn er einem Andern den Auftrag giebt, in seinem, des Mandanten, Namen zu contrahiren. Und wenn dieser Andere nun dem Dritten erklärt: ich contrahire im Namen des Mandanten, so ist der Sinn und die Bedeutung solcher Erklärung: der N. N. hat mir den Auftrag gegeben, seinen im Allgemeinen auf den Vertragsabschluß gerichteten Willen so speciell für ihn zu bestimmen, und zwar für ihn (d. h. daß er den so detaillirten Willen als den seinigen gelten lassen will), als zum Vertragsabschlusse erforderlich, und sodann den so specialisirten Willen als seinen Willen zu erklären; das thue ich jetzt, und erkläre, daß der Wille des Mandanten ist, das Pferd zu dem und dem Preise zu kaufen. — Wer also, um nochmals den Ausdruck zu gebrauchen, alieno nomine contrahirt, erklärt damit: „der Mandant hat den Vertragswillen," und unterscheidet sich vom sogen. nuncius nur dadurch, daß dieser einen bereits vom Mandanten specialisirten Vertragswillen überbringt, während er selbst erst für den Mandanten dessen allgemein gehaltenen Vertragswillen intra limites mandati specialisirt hat. Beide überbringen den Vertragswillen des Mandanten, aber der eine hat vorher die Aufgabe, ihn für den Mandanten zu specialisiren.

Eben hieraus ergiebt sich aber auch, daß z. B. bei einem error in corpore von Seiten des Mandatars der Vertrag nichtig ist, da ja der Mandant den vom Mandatar specialisirten Willen als seinen eigenen gelten lassen will. Mit Unrecht behauptet Thöl das Gegentheil.

Bei der folgenden Ausführung liegt die eben dargelegte Auffassung zu Grunde.

Mein hochverehrter Lehrer wird mir diese Polemik verzeihen, die mir durch die Wichtigkeit der Sache geboten schien.

12) Ihering macht in seiner Abhandlung „Mitwirkung für fremde Rechtsgeschäfte" hierauf aufmerksam.

Es genügt nämlich nicht, daß das Rechtsgeschäft materiell der Vollmacht entspricht, sondern die Vollmacht muß auch auf den Abschluß des Geschäftes im Namen des Mandanten gerichtet sein.

Man wird vielleicht sagen: in der Regel liegt in dem Auftrag, für mich ein Rechtsgeschäft abzuschließen (d. h. so daß die Folgen mir zu Gute kommen sollen), auch der Auftrag in meinem Namen zu contrahiren. — Wenn dieses auch der Fall sein sollte, so ist es doch auch möglich, daß der Auftrag dahin lautet: kaufe für mich von dem N. N., aber schließe nicht in meinem Namen ab, sondern in Deinem eigenen, da ich in keine directe Beziehung zu dem N. N. treten will. Niemand wird den Satz aufstellen wollen, daß, wenn der Mandatar trotzdem in meinem Namen contrahirt, unmittelbar zwischen mir und dem Dritten eine Obligatio — gegen meinen Willen — zu Stande komme.[13]) Denn der Grund, auf welchem die Berechtigung und Verpflichtung des Mandanten Dritten gegenüber beruht, — daß der Mandant den Willen hat, selbst berechtigt und verpflichtet zu werden, und der Dritte, welchem der Mandatar solchen Willen durch Hinweisung auf den Mandanten offenbart hat, dem zustimmt, — trifft hier nicht zu. — Uebrigens ist es wohl schwerlich richtig, daß immer in dem Mandat, für mich zu kaufen, der Auftrag von meiner Seite liegt, auch in meinem Namen mit einem Dritten abzuschließen, vielmehr wird dieses quaestio facti sein, und in der Regel wenigstens nicht angenommen werden dürfen, wenn ich dem Mandatar sofort das Geld zur Zahlung einhändige. — In jedem Falle aber muß man doch das Erforderniß aufstellen, daß die Vollmacht auch darauf gelautet haben muß, im Namen des Vollmachtgebers abzuschließen, wenn man auch den Zusatz machen dürfte: es gilt aber der Mandatar dazu berechtigt, wenn er über-

13) Von dem allgemein gehaltenen Standpunkte des Entwurfs muß der obige Satz dahin lauten: „daß, wenn der Mandant trotzdem in meinem Na„men contrahirt, ich von dem Dritten, dieser von mir Erfüllung des Vertrags „verlangen kann."

haupt nur das Mandat erhalten, abzuschließen, sofern der Mandant nicht dabei erklärt, daß der Contract nicht auf seinen Namen lauten solle.

Man wird nicht behaupten können, es sei solches Erforderniß in dem Entwurfe herausgehoben, da in den Worten des Art. 50 — auf welchen der Art. 281 hinweiset — „der Vollmacht gemäß," zugleich enthalten sei, daß auch der Abschluß „im Namen" des Mandanten dem Auftrage entsprechen müsse. Denn allgemein denkt man bei jenem Erfordernisse nur daran, daß der Contract seinem materiellen Inhalte nach der Vollmacht entsprechen müsse, und daß der Entwurf auch nur dieses bezielt, ist wohl hinreichend klar. — Auch ist nur gesagt, daß es der bestimmten Hervorhebung dieses Moments bedürfe, und zwar nicht sowohl bei dem Artikel 50, als bei dem Artikel 281, denn der Procurist und der Handlungsbevollmächtigte haben ja immer, richtiger fast immer, den Auftrag „im Namen" des Principals die Handelsgeschäfte zu schließen. Das Gegentheil läßt sich bei Einkäufen durch einen Handlungsbevollmächtigten wohl denken.

So ist denn — im Entwurfe freilich nur für das Gebiet des Handelsrechts — der Satz ausgesprochen, daß, wenn der Mandatar

1) im Namen des Mandanten,
2) dem Mandate gemäß,
   a) und zwar nicht bloß in Ansehung des materiellen Vertragsinhalts,
   b) sondern auch — was freilich nicht bestimmt herausgehoben ist — in Ansehung der formellen Abschließung „im Namen" des Mandanten,

mit einem Dritten contrahirt, die Verpflichtung und Berechtigung aus solchen Vertrage allein für den Mandanten, nicht für den Mandatar begründet ist.

Es bleibt übrig, in Ansehung der folgenden Fälle Bestimmung zu treffen:

A) Der Vertrag entspricht materiell der Vollmacht, aber

1) er ist vom Mandatar im **eigenen** Namen abgeschlossen,
   a) dem Auftrage entsprechend,
   b) contra mandatum, indem das Mandat auf Abschließung im Namen des Mandanten gerichtet war.
2) Der Vertrag ist vom Mandatar im Namen des Mandanten abgeschlossen — während der Auftrag dahin ging, in eigenem Namen zu contrahiren.

B) Der Vertrag entspricht seinem materiellen Inhalte nach der Vollmacht nicht, — man setze: der Mandatar hat zu theuer gekauft, zu wohlfeil verkauft;
1) der Vertrag ist im Namen des Mandanten geschlossen,
   a) in Conformität mit dem Auftrage,
   b) gegen den Auftrag;
2) der Vertrag ist vom Mandatar im eigenen Namen geschlossen,
   a) dem Auftrage gemäß,
   b) gegen den Auftrag.

C) Es lag überhaupt kein Auftrag vor, trotzdem ist ein Vertrag im Namen eines Dritten geschlossen.

Hiermit ist die Zahl der möglichen Fälle erschöpft. Der Entwurf hat die rechtlichen Folgen nur in einigen dieser Fälle bestimmt.

1) In dem Falle sub A. 1a ist zunächst ohne Weiteres klar, daß dem Mandatar die Klage gegen den Dritten zusteht, desgleichen, daß er ex mandato zur Cession derselben an den Mandanten verpflichtet ist.[14] Die Frage ist, ob Letzterer auch ohne wirkliche Cession — ficta cessione — (utiliter) klagen kann, was besondere Bedeutung haben würde, wenn der Mandatar Concurs macht. Bedarf es keiner Cession — so gehört die Forderung auch nicht zum Vermögen des Cridars. Der Entwurf spricht sich hierüber in dem Titel vom Commissionsgeschäfte Artikel 345 folgendermaßen aus:

„Forderungen aus einem Geschäfte, welches der Commissio-

---

14) Es versteht sich, daß der Mandatar, bevor er cedirt, Ersatz für Auslagen, resp. Abnahme seiner eingegangenen Verpflichtungen mit der exceptio doli verlangen kann.

„nair" (der ja immer im eigenen Namen abschließt, Art. 337) „abgeschlossen hat, kann der Committent dem Schuldner gegen„über erst nach der Abtretung geltend machen.

„Jedoch gelten solche Forderungen, auch wenn sie nicht ab„getreten sind, im Verhältniß zwischen dem Committenten und „Commissionair oder dessen Gläubigern als Forderungen des „Committenten."

Der Entwurf verlangt eine wirkliche Cession. Ohne solche kann der Mandant gegen den Dritten nicht klagen. Nur beim Concurse des Mandatars werden solche Forderungen nicht zur Concursmasse desselben gezogen.[15]) Darin liegt eine Inconsequenz: bedarf es der Cession, so gehören auch die Forderungen zur Concursmasse des Mandatars. Gehören sie nicht dazu, so kann nur angenommen werden, daß es der — rechtlich erzwingbaren — Cession überall nicht erst bedarf. Auch ist der Fall nicht berücksichtigt, wo z. B. der Commissionair ausgewandert ist, wo die Cession also factisch nicht möglich ist. — In jedem Falle macht der Mandant nur das Recht des Mandatars geltend. Uebrigens ist der generelle Satz: der Mandant kann utiliter ficta cessione klagen, bedenklich; wenigstens müßte er auf den Fall beschränkt werden, daß der Mandant dem Mandatar Alles ersetzt hätte, was dieser in Folge jenes Mandats aufgewandt.

Daß der dritte Contrahent gegen den Mandatar klagen kann, versteht sich von selbst. — Ob er in diesem Falle neben der Contractsklage gegen den Mandatar noch eine Klage adjectitiae qualitatis (quasi institoria) gegen den Mandanten hat, ist gemeinrechtlich bestritten. (Vergl. den Text zu Anmerkung 7.) Der Entwurf verneint die Frage, vergl. Art. 337 Satz 2 verbis:

„zwischen dem Committenten und dem Dritten entstehen daraus „keine Rechte und Pflichten."

2) Für den zweiten Fall sub A. 1 b. ist im Entwurfe keine

15) Hier bedarf es demnach auch nicht erst einer wirklichen Cession. Aber bis zu welchem Momente müssen die Forderungen des Dritten gegen den Mandatar begründet sein, die derselbe einer Klage des Mandanten gegenüber zur Compensation benutzen darf?

Bestimmung getroffen. Er ist, wie sich von selbst ergiebt, was das Verhältniß zwischen dem Dritten und dem Mandatar, desgleichen zwischen dem Dritten und dem Mandanten anlangt, ganz nach den Regeln des vorigen Falles zu beurtheilen. Anders in Ansehung des Verhältnisses zwischen dem Mandanten und Mandatar. Ersterer kann unter Umständen gerade ein besonderes Interesse haben, daß der Contract auf seinen Namen gestellt wird, z. B. wenn er mit einer Forderung gegen den Dritten zu compensiren beabsichtigt, während dieser vom Mandatar schon Zahlung erhalten hat. Es versteht sich, daß er in solchem Falle sein Interesse gegen den Mandatar wegen mandatswidrigen Abschlusses geltend machen kann. Doch geht diese Betrachtung schon über die Grenzen unserer auf die Theorie über die Stellvertretung beschränkten Aufgabe hinaus.

3) Im 3. Falle sub A 2 versteht es sich zunächst von selbst, daß der Mandant die Befugniß hat ex post zu ratihabiren, und daß alsdann das Verhältniß ganz dasselbe ist, als wenn von vornherein der Auftrag dahin gegangen wäre, im Namen des Mandanten zu contrahiren. Wenn der Mandant nicht ratihabirt, so hat natürlich — was das Verhältniß des Mandanten zum Dritten anlangt — weder dieser gegen jenen, noch jener gegen diesen eine Klage auf Erfüllung.

In Ansehung des Verhältnisses des Mandatars zum Dritten gilt hier dasselbe, was weiterhin sub 4 von dem Falle, wo der Mandatar materiell seine Vollmacht überschritten, bemerkt werden wird. Der Dritte hat nach seiner Wahl eine Klage auf Erfüllung oder Schadenersatz. Der Mandatar seinerseits hat kein selbstständiges Recht, Erfüllung zu verlangen, d. h. nur in dem Falle ein Recht hierzu, wenn der Dritte Erfüllung verlangt. Nur wenn der Dritte wußte, daß der Mandatar mandatswidrig den Vertrag geschlossen, steht es anders — und zwar ebenso, wie in dem gleichen Falle, dessen sub 4 Erwähnung gethan werden wird.

Was endlich das Verhältniß des Mandatars und des Mandanten zu einander anlangt, so versteht sich von selbst,

daß der Erstere dem Letzteren verantwortlich ist, wegen Ueberschreitung des Mandats.

4) Für den Fall sub B 1 a. ist im Entwurf Artikel 54 dahin Bestimmung getroffen:

„wer ein Handlungsgeschäft als Procurist oder Handlungs-„bevollmächtigter schließt, ohne Procura oder Handlungsvoll-„macht erhalten zu haben, ingleichen ein Handlungsbevollmäch-„tigter, welcher beim Abschluß eines Geschäftes seine Vollmacht „überschreitet, ist insoweit dem Dritten persönlich nach Han-„delsrecht verhaftet, der Dritte kann nach seiner Wahl ihn auf „Schadenersatz oder Erfüllung belangen."

„Diese Haftungspflicht tritt nicht ein, wenn der Dritte, un-„geachtet er den Mangel der Procura oder der Vollmacht oder „die Ueberschreitung der letzteren kannte, sich mit ihm einge-„lassen."[16])

Diese Bestimmungen dürften aber einestheils nicht ganz consequent, anderntheils nicht ausreichend erscheinen.

Der Artikel besagt zunächst, daß der Dritte die Wahl hat, entweder auf Erfüllung oder Schadenersatz gegen den Mandatar zu klagen. Es handelt sich um die Begründung dieses Satzes. In der Berathung ist das Bedenken angeregt, ob in diesem Falle überhaupt ein Vertrag vorliege, da keine Willens-Uebereinstimmung über die Vertragspersonen vorhanden sei[17]) — offenbar von der Ansicht aus, daß der Contract, sofern der Abschluß der Vollmacht entspricht, nur zwischen dem Mandanten und dem Dritten zu Stande kommt, indem beide beabsichtigt haben, sich gegen einander zu obligiren. Von diesem Standpunkte, den ich nach der obigen Ausführung als den allein haltbaren ansehe, kann man noch hinzunehmen, daß ja derjenige, der bloß das Mandat erhalten, eine

---

16) Der Ausdruck ist wohl nicht ganz richtig. Das Gewicht soll liegen auf einem Satz, der sich mit „ungeachtet" als einen Nebensatz zu dem Satze „wenn der Dritte rc." einführt. Richtiger mußte der Satz lauten, „wenn der Dritte beim Abschluß den Mangel der Procura oder der Vollmacht, oder die Ueberschreitung der letzteren kannte."

17) Vergl. Protocolle S. 91.

Willenserklärung an einen Dritten zu überbringen (nuncius), nur im Falle des dolus dem Dritten responsabel ist. Wie läßt sich nun von diesem Standpunkte die Haftung des Mandatars in dem Falle begründen, daß er sein Mandat (ohne dolus) überschritten? Der nuncius überbringt die Erklärung; es ist rein etwas Zufälliges, wenn er erfährt, daß durch die Ausrichtung seiner Botschaft ein obligatorischer Vertrag zu Stande kommt. Oft überbringt er nur ein „Ja," ein „ich nehme an," ohne daß er weiß, worauf sich dieses bezieht. Wer als Mandatar contrahiren soll, — um mich dieses gangbaren Ausdrucks zu bedienen — hat den Auftrag, den im Allgemeinen auf den Abschluß des Vertrags über ein Pferd, ein Haus ꝛc. gerichteten Willen des Mandanten für diesen speciell und bestimmt zu fixiren, wie Solches zur Entstehung eines Vertrages nothwendig ist, und den so näher fixirten (im allgemeinen Willen des Mandanten enthaltenen) Willen, als Willen des Mandanten dem Dritten zu erklären. Wäre hier der Mandatar nicht verantwortlich, so wäre es mit der Sicherheit des Dritten, der sich auf solchen Vertrag einläßt, bei welchem offenbar leicht ein Irrthum von Seiten des Mandatars denkbar ist, schlecht bestellt. Diese Rücksicht erfordert, daß jenem Abschluß im Namen des Mandanten noch eine weitere Bedeutung beigelegt werde, — die Bedeutung, daß der Mandatar sich dem Dritten gegenüber verantwortlich dafür erklärt, daß der Abschluß dem Mandate entspreche. Der Mandatar verheißt beim Abschluß zugleich dem Dritten, ich hafte dafür, daß der Abschluß dem mir ertheilten Mandate entspricht, indem ich widrigenfalls nach Deiner Wahl selbst zur Erfüllung mich anheischig machen, oder Dir Dein Interesse ersetzen will. —

Nothwendig ist hiermit nicht gegeben, daß auch dem M a n d a t a r gegen den Dritten die Klage zusteht. Denn jenes erstere Versprechen begründet nur das Recht des dritten Contrahenten, Erfüllung zu verlangen, — wobei es sich denn von selbst versteht, daß, wenn der Dritte aus demselben klagt, er im Wege der Einrede seinerseits zur Gegenleistung angehalten werden kann, — nicht aber auch das Recht des Mandatars, Erfüllung zu fordern. Das Versprechen ist dahin zu interpretiren: „ich gebe Dir das Recht,

gegen Erfüllung von Deiner Seite, auch von mir Erfüllung zu verlangen." Aus allgemeinen Grundsätzen läßt sich ein Klagerecht des Mandatars nicht ableiten. Der Entwurf hätte sich aber wohl deutlicher hierüber aussprechen müssen. Darin, daß er dem dritten Contrahenten die Klage auf Schadenersatz giebt, liegt die Verneinung eines solchen Klagerechts des Mandatars nicht; denn vermöge jenes Anspruches auf Schadenersatz wird er nur das Recht haben, vom Vertrage abzugehen, wenn gerade hierin (nachweisbar) sein Interesse besteht.

Richtig würde man wohl sagen müssen: der Mandatar hat kein selbstständiges Klagerecht.

Was nun aber weiter die Bestimmung des Entwurfs für den Fall anlangt, daß der Dritte die Ueberschreitung des Mandats kannte, Art. 54 in fine, so ist zunächst nicht deutlich, ob bloß die Haftungspflicht, wie solche der Eingang des Artikels bestimmt — gerichtet auf Erfüllung oder Schadenersatz nach Wahl des Dritten, — nicht eintreten soll, oder überhaupt gar keine Verhaftung. Gemeint ist wohl das Letztere. Aber diese Bestimmung erscheint wohl als eine bedenkliche. Wenn der Mandant ratihabirt, so ist Alles in Ordnung, wenn er aber nicht ratihabirt, soll dann gar keine Obligatio entstehen? Nach meiner Meinung muß man sagen, in diesem Falle sind beide, der Mandatar und der Dritte, ganz ebenso berechtigt, resp. verpflichtet, wie es der Fall gewesen sein würde, wenn der Mandatar im eigenen Namen contrahirt hätte. Denn da beide wußten, daß der Abschluß des Vertrags dem Mandate nicht entsprach, so konnte die Intention eines jeden von beiden auch nur dahin gehen, von dem Andern die Erfüllung zu verlangen, sofern nicht der Mandant nachträglich ratihabiren würde.

Der angezogene Artikel enthält im Eingange noch eine Bestimmung, die bisher außer Acht gelassen ist. Ich meine das Wort „insoweit." — Dasselbe kann nur besagen: „insoweit die Vollmacht überschritten ist." Man ging hierbei nämlich, wie aus den Protocollen S. 92 ersichtlich ist, davon aus, daß der Vertrag, insoweit er der Vollmacht entspreche, gegen den Mandanten wirke.

Danach müßte man z. B. annehmen, daß, wenn der Mandant als höchsten Preis für ein Pferd 200 Thlr. gesetzt habe, der Mandatar aber mit einem Dritten über den Preis von 250 Thlr. übereingekommen ist, der Letztere ohne Weiteres vom Mandanten 200 Thlr., vom Mandatar 50 Thlr. fordern kann.

Das ist aber juristisch nicht construirbar, wie sofort näher dargelegt werden wird. Wir betrachten hier die möglichen Fälle, in welchen sich, wenn dem Mandatar der Abschluß eines Kaufcontracts übertragen worden, eine Ueberschreitung des Mandats offenbaren kann.

Erster Fall: der Mandatar kauft zu theuer. Wir nehmen das obige Beispiel, er kauft für 250 Thlr., während der Mandant als äußersten Preis 200 Thlr. gesetzt hatte.

a) Der Mandant hat die Befugniß, den in seinem Namen geschlossenen Kaufcontract zu ratihabiren. In diesem Falle ist weder das Interesse des Mandatars, noch das des Dritten verletzt, und der Fall gerade so zu beurtheilen, als ob der Vertrag dem ursprünglichen Mandat entsprechend gewesen wäre.

b) Will aber der Mandant nicht ratihabiren, so kann der Mandatar verlangen, daß Ersterer den Kauf bis zum Preise von 200 Thlr. gelten lasse. l. 3. §. 2. l. 4. Dig. mandati vel contra; vergl. auch Artikel 340 und 341, deren Bestimmung freilich nur den Fall B 2a im Auge hat, analog aber auch hier zur Anwendung kommt.

Wenn in diesem Falle der Mandant — sei es gegen baare Zahlung von Seiten des Mandatars oder gegen das Versprechen solcher Zahlung — den Kauf ratihabirt, so liegt bezüglich des Verhältnisses des Dritten zum Mandanten der Fall sub a vor.

Allein der Mandant ist dazu nicht verpflichtet. Er hat nicht nöthig, eine nicht gewollte Schuld von 50 Thlr. zu übernehmen, weder gegen Baarzahlung von Seiten eines Dritten (des Mandatars), noch weniger gegen das Versprechen solcher Zahlung von demselben.

Der Mandant ist zu weiter nichts verbunden, als die 200 Thlr. an den Dritten gegen Uebergabe des verkauften Objects zu zahlen,

wenn der Mandatar die Aufrechthaltung verlangt. Aber dieser Dritte kann natürlich weder gehalten sein, sich bloß mit 200 Thlr. zu begnügen, noch auch sich, statt Eines Schuldners, zwei Schuldner (neben dem Mandanten noch den Mandatar) zuweisen zu lassen.

Es bleibt also für den Mandatar, der die Aufrechthaltung verlangt, nur übrig (sofern keine gütliche Vereinbarung zu Stande kommt) 50 Thlr. dem dritten Contrahenten baar auf seine Forderung aus dem Geschäfte zu zahlen, in welchem Fall auf den Rest der Principal verhaftet ist. Die praktische Wichtigkeit dieses Satzes ergiebt sich namentlich, wenn man den Fall so setzt, daß auf Credit verkauft ist.

Uebrigens bedarf es kaum der Bemerkung, daß dieses nur ein Recht des Mandatars ist, nicht eine Verpflichtung, zu der er etwa gegen seinen Willen vom Mandanten angehalten werden könnte.

c) Der dritte Contrahent kann auf die Summe von 200 Thlr. den Mandanten in Anspruch nehmen, falls er sich damit zufrieden erklärt, daß als Preis nur 200 Thlr. gelten solle. Aber nur in diesem Falle. Den Rest vom Mandatar einfordern darf er nicht, weil es nur in der Befugniß des Mandatars steht, gegen Einbuße dieser Differenz den Contract für den Mandanten gelten zu lassen.

Will der Mandant nicht den Kaufcontract ex post zu dem höhern Preise ratihabiren, will der Mandatar nicht dem dritten Contrahenten das plus zahlen, will der dritte Contrahent endlich nicht sich mit der geringeren Summe begnügen, — in welchen allen Fällen gegen den Mandanten die Klage auf Zahlung in dem einen Falle der ganzen Summe, in den beiden andern der mandatsgemäßen begründet ist, — so hat der dritte Contrahent die Wahl:

den Vertrag nicht gelten zu lassen,
auf Erfüllung gegen den Mandatar zu klagen,
endlich ihn auf Ersatz seines Interesses zu belangen.

Zweiter Fall. Der Mandatar hat zu wohlfeil verkauft.

Wir nehmen den Fall: der Mandatar hatte Auftrag, ein Pferd im Namen des Auftraggebers zu verkaufen — nicht unter 250 Thlr. Der Mandatar verkauft einem Dritten, nomine mandantis, zu 200 Thlr.

Auch in diesem Falle hat

a) zunächst der Mandant die Befugniß, zu ratihabiren.

b) Sofern er nicht ratihabiren will, kann der Mandatar die Aufrechthaltung verlangen, indem er dem Mandanten baar 50 Thlr. zahlt. Gegen die Baarzahlung von 50 Thlr. an den Dritten ist dieser Dritte nicht verbunden, eine nicht gewollte Schuld von 50 Thlr. gegen den Mandanten zu übernehmen, noch weniger gegen das Versprechen solcher Zahlung. Ebensowenig braucht der Mandant sich mit dem Versprechen des Mandatars, 50 Thlr. selbst zahlen zu wollen, zu begnügen, da er nicht nöthig hat, sich, statt Eines Schuldners, zwei aufdringen zu lassen. — Es versteht sich auch hier von selbst, daß dieses nur ein Recht des Mandatars ist, nicht eine Verpflichtung, die etwa der Mandant gegen ihn geltend machen könnte.[18])

c) Der dritte Contrahent hat die Befugniß, 50 Thlr. zuzulegen, und den Vertrag ganz so gelten zu lassen, als ob von

---

18) Der Artikel 340 bestimmt:

„hat der Commissionair unter dem ihm gesetzten Preise verkauft, so muß „er dem Committenten den Unterschied im Preise vergüten."

Dieser Fall unterscheidet sich freilich von unserm dadurch, daß der Commissionair den Auftrag hat, im eigenen Namen abzuschließen, während in unserm Fall von einem Auftrag, im Namen des Mandanten zu contrahiren, die Rede ist. — Aber dieser Unterschied begründet begreiflicher Weise nicht jene abweichende Bestimmung. — Der Grund derselben liegt in dem Artikel 339. Der Committent kann, wenn der Commissionair unter dem Preise verkauft und die Sache bereits tradirt hat, von dem Dritten, falls dieser bona fide d. h. ohne das mandatswidrige Verfahren zu kennen, sie erworben, solche nicht vindiciren. Das ist freilich eine singulaire Beschränkung, worüber weiterhin. Anm. 20. — Aber diese Bestimmung führte nothwendig zu jenem Satze des Art. 340, die nach der ratio — gegen den Wortlaut — wohl nur auf den Fall zu beschränken ist, daß die Sache nicht bloß verkauft, sondern bereits dem Dritten tradirt ist.

vorneherein der Mandatar über die Summe von 250 Thlr. mit ihm übereingekommen wäre.

Will der Mandant nicht den Kaufcontract ex post zu dem niedrigeren Preise genehmigen, will der Mandatar nicht dem Mandanten die Differenz baar vergüten, will endlich der dritte Contrahent nicht den höheren Preis genehmigen, so gilt auch hier: der Dritte kann nach seiner Wahl den Vertrag als nicht geschlossen betrachten — den Mandatar auf Erfüllung belangen — sein Interesse gegen ihn geltend machen.

Dritter Fall: es ist ein Kaufcontract über einen Gegenstand geschlossen, der nicht in dem Auftrag begriffen war — sei es ganz, es ist z. B. eine Stute gekauft — während der Auftrag auf einen Hengst gerichtet war, oder Jamaica-Kaffee, während der Auftrag auf Domingo-Kaffee lautete, sei es — (was nur bei einem Kaufcontract über ein genus möglich ist) theilweise, indem der Mandatar etwa 50 Sack Domingo-Kaffee (verkauft) gekauft hat, während er nur 25 verkaufen (kaufen) sollte. — Im ersten Falle kann weder der Mandatar, noch der Dritte die Aufrechthaltung gegen den Willen des Mandanten bewirken, nur diesem steht die Befugniß zu, zu ratihabiren, und es gilt hier — von solcher Ratihabition abgesehen — unbeschränkt, daß der Dritte vom Vertrage abgehen, — Erfüllung, — Schadenersatz vom Mandatar fordern kann. Im andern Falle kann nicht bloß der Mandant ratihabiren, sondern auch der Dritte in den Verkauf, resp. Kauf einer geringeren Quantität consentiren, endlich auch der Mandatar das Geschäft aufrecht erhalten, indem er dem Dritten resp. die Differenz (sei es beim Verkauf in der Geldsumme, oder beim Kauf in der Waare) ersetzt.[19]) Auch hier gilt der Satz: es ist dieses ein Recht,

---

19) Es würde irrig sein, anzunehmen, daß, wenn z. B. der Mandant den Auftrag gegeben hat, 50 Sack Kaffee zu kaufen, der Mandatar aber 100 im Namen des Mandanten kauft, dann ohne Weiteres ein Kaufcontract über 50 Sack zwischen dem Mandanten und dem Dritten zu Stande komme, weil so weit consensus obgewaltet habe. Richtig wäre dieses, wenn 2 Contracte vorlägen à 50 Sack. Aber unrichtig, wenn ein Contract über 100 Sack abgeschlossen ist. — In jenem Falle hat der Dritte 50 Sack ver-

nicht eine Pflicht des Mandatars. — Will weder der Mandant, noch der Dritte genehmigen, noch endlich der Mandatar das Geschäft in der beregten Weise aufrecht erhalten, so kann der Dritte sein Interesse geltend machen, er kann Erfüllung vom Mandatar verlangen, in welchem Fall dann diesem die Gegenforderung auf das Ganze (sei es der Preis, oder die Waare) zusteht. Ein selbstständiges Klagerecht hat der Mandatar nicht.

Aus der obigen Ausführung erhellt zur Genüge, daß, wenn das vom Mandatar abgeschlossene Geschäft materiell dem Auftrag nicht entspricht, dem Dritten niemals zustehen kann, die Obligatio zu theilen.

Wenn in solchem Falle der Mandant nicht ratihabirt, wenn der Mandatar nicht von seiner Befugniß Gebrauch macht, das Geschäft in der oben beregten Weise aufrecht zu erhalten, so hat der Dritte nur die Wahl, abzugehen vom Vertrage, Erfüllung des ganzen Vertrags vom Mandatar zu verlangen, oder aber sein Interesse, daß der Mandant rechtlich nicht gehalten ist, zu liquidiren. Ausgeschlossen ist bei der Interessenforderung die Theilung der Obligation.

5) In dem Fall sub B 1b kann zwar der Mandant immer

---

kaufen wollen und dann noch einmal 50 Sack. In diesem Falle hat er aber nur über 100 Sack contrahiren wollen, und es wird sicher auch nicht immer gesagt werden können, daß er dann mindestens auch über 50 contrahiren wollen, da er ja vielleicht nur in so großer Quantität zu verkaufen beabsichtigte. Man darf nicht den Satz zur Anwendung bringen wollen: Tot stipulationes, quot res. Denn einmal würde z. B. seine Anwendbarkeit ausgeschlossen sein, wenn ein Kauf in Bausch und Bogen vorliegen würde. — Aber auch wenn dieses nicht wäre, würde zunächst und vor Allem die Intention der Partheien entscheiden. Jener Satz kommt nur in dubio zur Anwendung.

Auch kann man hier nicht annehmen, daß der Dritte ohne Weiteres den Mandanten wegen der 50 Sack, den Mandatar wegen der zweiten Hälfte belangen darf. Die Theilung des einen Contracts hat dieser nicht nöthig, sich gefallen zu lassen. Der Dritte hat nur, wenn der Mandant nicht ratihabirt, nebst dem Rechte, vom Vertrage abzugehen und das Interesse zu fordern, das Recht, die Erfüllung des Ganzen vom Mandatar zu fordern, wogegen dieser dann auch die ganze verkaufte Quantität erhält.

ratihabiren, aber dem Mandatar steht die Befugniß, den Vertrag dadurch, daß er ihn theilweise selbst erfüllt, zwischen dem Mandanten und dem Dritten aufrecht zu erhalten, gegen den Willen des Mandanten nicht zu — weil dieser in eine directe Beziehung zum dritten Contrahenten nicht hat treten wollen.

Aus dem gleichen Grunde hat auch der dritte Contrahent gegen den Willen des Mandanten nicht dasjenige Recht, welches ihm in den Fällen sub 4 zugesprochen ist.

Von der Forderung auf Erfüllung oder auf Schadenersatz des Dritten gegen den Mandatar gilt auch hier das sub 4 Bemerkte.

6) Der Fall sub B 2a ist einfach. Dem Dritten gegenüber berechtigt und verpflichtet ist allein der Mandatar. Ob der Mandant genehmigt, oder nicht, ist für das Verhältniß beider unter einander ganz gleichgültig. Denn, wenn auch der Letztere im Falle der Genehmigung die Cession der Klage gegen den Dritten verlangen darf, so steht doch auch dann dem Dritten keine directe Klage gegen den Mandanten zu, da der Vertrag vom Mandatar im eigenen Namen geschlossen ist. Nur im Wege der Einrede kann er Erfüllung vom Mandanten verlangen.

Genehmigt der Mandant nicht, so ist den Umständen nach, z. B. wenn das Mandat den Verkauf einer dem Mandanten gehörigen Sache betraf, die Erfüllung von Seiten des Mandatars nicht möglich, resp. die in Folge des Vertrags vorgenommene Tradition ohne rechtliche Wirkung[20]), und im erstern Falle eine

20) Eine singulaire Vorschrift enthält der Artikel 339 wonach die Vindication gegen den bonae fidei emtor ausgeschlossen ist.

Aber schwerlich möchte diese Besonderheit, die ihren Grund offensichtlich in einer Sicherung des von einem Manne, der gewerbsmäßig im eigenen Namen für fremde Rechnung Handelsgeschäfte schließt, kaufenden Publicums hat, sich rechtfertigen lassen. Das Publicum weiß in der Regel gar nicht, daß es mit einem Commissionair zu thun hat. — Wer von einem Kaufmann eine ihm nicht gehörige Sache kauft, ist den Vindicationsansprüchen Dritter ausgesetzt, weshalb hier eine Ausnahme?

Nichts ist nach meiner Meinung mehr zu vermeiden, als ohne ein dringendes praktisches Bedürfniß Singularitäten aufzustellen.

Forderung des Dritten auf Schadenersatz, im zweiten auf Evictionsleistung begründet.

Der Mandatar hat aber die Befugniß, das Geschäft für Rechnung des Mandanten aufrecht zu erhalten, sofern er demselben sein Interesse vollständig ersetzt, z. B. wenn er eine Sache zu theuer eingekauft, zu wohlfeil verkauft hat, die Differenz. Eine Verpflichtung dazu aber liegt ihm nicht ob.

7) Der Fall sub B 2b ist im Wesentlichen nach denselben Rechtsgrundsätzen zu beurtheilen; nur ist noch möglich, daß auch der Umstand, daß der Vertrag mandatswidrig vom Mandatar in seinem Namen geschlossen worden, einem Entschädigungsanspruche von Seiten des Mandanten zu Grunde gelegt werden kann.

8) In dem Falle sub C kann derjenige ratihabiren, für den der Vertrag geschlossen ist. — Will er dieses nicht, so steht es in der Wahl des dritten Contrahenten, — Erfüllung vom angeblichen Mandatar zu verlangen, — und sein Interesse gegen ihn geltend zu machen. — Wenn der Dritte wußte, daß kein Mandat vorlag, so treten dieselben Grundsätze ein, wie in dem Falle, in welchem er die Ueberschreitung des Mandats kannte.

So viel erhellt aus vorstehender Entwickelung: von dem Grundsatze aus, den der Entwurf in Ansehung der Stellvertretung aufgestellt hat, handelt es sich um einen Aufbau von Rechtsgrundsätzen auf Grundlage allgemeinerer Principien und des Eingehens in die Intention der Partheien. Sofern die Commission nicht vorzieht, der Wissenschaft die weitere Construction ganz und gar zu überlassen, ist es, wie wenig oder viel in dieser Hinsicht gegeben werden soll, immer nothwendig, von einer klaren Einsicht in alle hier möglichen Fälle auszugehen.

III.

Der Procurist, Handlungsbevollmächtigter, Handlungsgehülfe.

Den Begriff eines Procuristen und den Umfang[21]) der Procura im Gegensatz zu einer gewöhnlichen Handlungsvollmacht setzen die Art. 40 und 41 fest. Im Art. 42 heißt es „der Umfang der Procura kann nicht beschränkt werden.“ Welche Wirkung hat es demnach, wenn ein Principal erklärt, Du sollst mein Procurist sein, jedoch in der Beschränkung auf dieses oder jenes Geschäft, oder unter einer bestimmten Bedingung? — Ist nun überhaupt juristisch nichts geschehen, wie dieses z. B. nach Römischem Rechte eintritt bei der acceptilatio, wenn derselben eine Bedingung zugefügt ist[22]), oder gilt bloß der Zusatz nicht, oder gilt, was beabsichtigt ist — die Bestellung zum Handlungsbevollmächtigten im Gegensatz zu den Worten, wonach es auf die Bestellung eines Procuristen abgesehen ist?

Der Entwurf muß hierüber Auskunft geben, da an und für

---

21) Der Ausdruck, „welchen der Betrieb eines Handelsgewerbes mit sich bringt“ im Artikel 41 ist wohl nicht deutlich genug. Er soll nach den Protocollen besagen „irgend eines“ ohne Beschränkung auf das Handelsgewerbe des Principals. Diese Deutung ist möglich, aber ebensowohl die Annahme, der allgemeine Ausdruck im Entwurfe „eines“ sei hervorgerufen durch die allgemeine Fassung des ganzen Satzes, und zu subintelligiren „eines“ d. h. des vom Principal betriebenen.

22) In den Protocollen Seite 74 findet sich die Bemerkung: „von der Procura müsse dasselbe gelten, wie von der legis actio: non recipit diem vel conditionem.“

sich für jene 3 Möglichkeiten, wenigstens für die ersteren beiden, Raum ist. — Dieses ist geschehen im letzten Satz des Art. 42: „die Beschränkung, welche dieser Vorschrift zuwider einer Procura beigefügt wird," — heißt es hier — „hat gegen dritte Personen keine „rechtliche Wirkung." Also bloß die Beschränkung ist für nicht beigefügt zu halten, und zwar nur in ihrer Wirkung auf dritte Personen, mit denen der Procurist contrahirt. Das wenigstens muß als bezielt angenommen werden, obwohl die Worte es wohl nicht deutlich genug besagen.[23])

Uebrigens würde es doch auch hier die Rücksicht auf die Gleichheit des Rechts erfordern, der Schlußbestimmung des Artikels 42 dieselbe Beschränkung zuzufügen, die z. B. im ersten Satze des Artikels 45 für einen ähnlichen Fall enthalten ist — die Bestimmung:

„es sei denn, daß der Principal beweisen könne, daß die „fragliche Beschränkung dem Dritten bekannt gewesen";

vergl. auch ähnliche Bestimmungen Art. 24, 124, 161.

In Verbindung mit der Unzulässigkeit einer Beschränkung der Procura auf eine bestimmte Zeit, steht die Bestimmung des Artikels 52. — Wenn eine Handlungsvollmacht (nicht eine Procura) ertheilt ist, so erlischt solche, den Bestimmungen des Entwurfs zufolge, nicht durch den Tod des Mandanten, abweichend von dem Römischen Rechte. Dieses gilt aber nur, sofern nicht der Vollmachtsertheiler das Gegentheil bestimmt hat. Er kann

23) Ist nicht den Worten nach auch folgende Deutung möglich? Der Eingang des Artikels 42 bestimmt, verbis: „der Umfang der Procura kann nicht beschränkt werden," daß jede Beschränkung ganz absolut (auch im Verhältnisse des Principals zum Procuristen) juristisch nicht existirt. Der Schluß des Artikels hebt die Nichtigkeit da besonders hervor, wo sie am wichtigsten wird, im Verhältniß des Procuristen zu dritten Contrahenten — ohne sie in Beziehung auf das Verhältniß des Principals zum Procuristen zu negiren. Ich vertheidige diese Deutung nicht. Auch haben sich die Protocolle in dem entgegengesetzten Sinne ausgesprochen. Aber an sich möglich ist jene Deutung. Es mußte, meiner Meinung nach, bestimmt hervorgehoben werden, daß eine Nichtigkeit nur in dem Verhältnisse des Procuristen zum dritten Contrahenten angenommen werden solle.

die Handlungsvollmacht von vorneherein dahin beschränken, daß sie nur für die Zeit seines Lebens gelten solle. Ist dieses geschehen, so gelten in Ansehung der nach dem Tode des Principals vom Dritten mit dem Institor geschlossenen Contracte die von Thöl §. 31 d. S. 143 hervorgehobenen Regeln.

Eine Procura kann nicht auf eine bestimmte Zeit beschränkt werden. Ist es zulässig, sie auf die Zeit des Lebens zu beschränken? Der der Berathung ursprünglich zu Grunde gelegte Entwurf im Artikel 48 enthielt den Satz:

„Dagegen hat der Tod des Principals das Erlöschen der Procura nicht zur Folge, wenn deren Dauer nicht ausdrücklich auf die Lebenszeit des Principals beschränkt worden.

Dawider wurde bei der Berathung (Protocolle, S. 87) davon ausgegangen, daß, wenn Beschränkungen der Zeit nach der Ertheilung der Procura mit Wirkung gegen Dritte nicht beigefügt werden dürften, es auch unstatthaft sein müsse, die Procura auf Lebenszeit zu beschränken. So wurde denn beschlossen, den durch den Druck hervorgehobenen Passus des Artikels 48 zu streichen und folgenden Satz hinzustellen:

Der Tod des Principals hat das Erlöschen der Procura oder Handlungsvollmacht nicht zur Folge.[24])

Die Fassung des Entwurfs ist aber wohl darin mangelhaft, daß beide Sätze verbunden sind:

Der Tod des Principals hat das Erlöschen der Procura, das Erlöschen der Handlungsvollmacht nicht zur Folge,

ohne daß angedeutet ist, daß bezüglich des ersten Satzes ein entgegenstehender Wille des Principals ausgeschlossen sein soll, bezüglich des zweiten nicht.

24) Man halte zusammen:

a. im Römischen Rechte wird das Mandat aufgehoben durch den Tod des Mandatars;

b. aber schon das Römische Recht gestattete in einzelnen Fällen Ausnahmen,

c. ganz besonders, wenn der Mandatar ein Institor ist;

d. der Entwurf bestimmt für Handlungsvollmachten: das Mandat endigt nicht mit dem Tode — als jus dispositivum.

e. für eine Procura setzt der Entwurf diesen Satz als jus cogens fest.

Die Bestellung eines Procuristen ist mit besonderen strengen Wirkungen versehen, die in Widerspruch mit der Intention derjenigen treten oder doch treten können, welche Procura ertheilen. Solche Wirkungen erscheint aber nur gerechtfertigt an einen formellen Act zu knüpfen. Das Gegentheil ist vom legislatorischen Standpunkt gewiß nicht zu billigen. Ein besonderer formeller Act ist erforderlich, damit demjenigen, der einen Procuristen bestellt, die ganze Bedeutung solcher Bestellung gegenwärtig wird. Als solcher Act dürfte sich die Eintragung der Procura in das Handelsregister und die öffentliche Bekanntmachung empfehlen. Die Folge der Unterlassung müßte die sein, daß die in anderer Weise erfolgte Bestellung eines Procuristen nicht die besonderen Folgen (dritten Personen gegenüber) hat, welche der Bestellung in dem Art. 42 beigelegt werden. Damit würde denn auch der Satz in Conformität stehen, daß der Aufruf der Procura dritten Personen regelmäßig nur dann entgegengesetzt werden kann, wenn das Erlöschen in das Handelsregister eingetragen und öffentlich bekannt gemacht ist, wiewohl mit Ausnahme des Falls, daß dem Dritten das Erlöschen beim Abschlusse des Geschäfts bekannt war, vrgl. Art. 45. Uebrigens dürfte doch wohl mit dem letzten Satze dieses Artikels, welcher den Principal, selbst wenn die Beendigung der Procura in das Handelsregister eingetragen und öffentlich bekannt gemacht ist, dennoch aus dem Geschäfte des früheren Procuristen mit einem Dritten diesem gegenüber verhaftet erklärt, wenn die Umstände die Annahme begründen, daß er das Erlöschen weder gekannt habe, noch habe kennen müssen (freilich etwas unbestimmt gefaßt), zu viel Rücksicht auf die Sicherheit des dritten Contrahenten genommen sein. Der Principal hat Alles gethan, was er nur thun konnte, und doch soll er verhaftet sein! Auch in anderweitigen Bestimmungen scheint der Entwurf zu einseitig das Gewicht darauf gelegt zu haben, daß das Vertrauen des Dritten nicht getäuscht wird.[25])

25) Vergl. unter Anderem die schon oben besprochene Bestimmung des Artikels 339 — Anmerkung 20.

In Ansehung der speciellen Bestimmungen über den Handlungsbevollmächtigten (im Gegensatz zum Procuristen) mögen hier nur wenige Bemerkungen Platz finden.

Im Artikel 47 heißt es: „Der Handlungsbevollmächtigte „hat sich bei der Zeichnung jedes, eine Procura andeutenden, Zu„satzes zu enthalten." Man frägt, welche Folge soll eintreten, wenn er solcher Vorschrift entgegenhandelt? — Der Antrag, für diesen Fall eine Ordnungsstrafe anzudrohen (Protocolle, Seite 955), ist abgelehnt worden. An sich aber sind keine Rechtsfolgen mit einer solchen ordnungswidrigen Zeichnung verbunden. Erstreckt sich seine Vollmacht auf das Geschäft, welches er abgeschlossen, so ist es ganz gleichgültig, ob er als Procurist zeichnet, oder ob er zeichnet, wie er zeichnen soll, mit einem das Vollmachtsverhältniß ausdrückenden Zusatze. War er hierzu nicht berechtigt, unterzeichnete er — um ein Beispiel zu nehmen — einen Wechsel als Procurist (vrgl. Art. 46), so könnte die Frage entstehen, ob es dem Principal präjudicirt, wenn ein Handlungsbevollmächtigter sich dem Dritten gegenüber auf dessen Befragung als Procuristen ausgiebt, während er nur Handlungsbevollmächtigter ist[26]), aber diese Frage (die nach dem Entwurfe wohl verneint werden muß) ist in dem hier zur Rede stehenden Artikel nicht beantwortet. Wir haben mithin keine Antwort auf die obige Frage nach den Folgen einer ordnungswidrigen Zeichnung.

Der Artikel 49 bedarf meiner Ansicht nach des Zusatzes: „es sei denn, daß der Dritte wußte, oder aus den Umständen erkennen konnte, daß derselbe nicht hierzu ermächtigt war." Von selbst dürfte sich wohl nur das Erstere (daß er es wußte), nicht das Letztere verstehen (vrgl. Protocolle S. 956).

Der Artikel 53 (nicht bloß für Handelsbevollmächtigte, sondern auch für Procuristen) greift wohl in seiner Fassung weiter, als er greifen soll. Die Worte „in Ausführung eines Geschäfts, auf welches sich die Vollmacht bezieht", besagen entweder, daß gerade das beschädigende Geschäft dem Handelsbevollmächtigten

26) Vergl. über eine ähnliche Frage Thöl, S. 137.

aufgetragen ist, oder aber „in Ausführung" heißt, begriffen in der Ausführung, und der Satz enthält die Vorschrift: der Principal ist für den Schaden verantwortlich, welchen der Institor, der in der Ausführung eines ihm aufgetragenen Geschäfts begriffen ist, einem Dritten schuldvoller Weise zufügt, ohne daß der Auftrag auf diese Schadenzufügung gerichtet ist. Ersteres versteht sich von selbst; letzteres geht weiter, als die Intention der Commission, die den Fall einer „bei Gelegenheit der Ausführung" verübten Beschädigung ausschließen will (Protocolle S. 85), während die Worte (in der Ausführung d. h.) „begriffen in der Ausführung" oder „bei Gelegenheit derselben" sprachlich ganz dasselbe besagen.

Zum Artikel 55. Wenn Jemand Procurist oder Handlungsbevollmächtigter des A und des B ist, und nun für eigene Rechnung Geschäfte macht, wer hat das in fine des Artikels beregte Recht?

Was endlich die Bestimmungen des Entwurfs über Handlungsgehülfen anlangt, so ist wohl schwerlich ein genügender Grund vorhanden, die innere Seite dieses Verhältnisses gesetzlich zu fixiren, namentlich auch über die Frage, wann der eine und der andere Theil Aufhebung des Dienstverhältnisses verlangen kann, Bestimmungen zu treffen. Wenn solche Bestimmungen aber gegeben werden sollten, so ist kein Grund, sie nur auf Handlungsgehülfen zu beschränken. Jedenfalls aber erscheint eine Definition von Handlungsgehülfen unentbehrlich. Daß „Jedermann weiß, wer ein Handlungsgehülfe ist", trifft in den meisten Fällen zu, aber gewiß nicht immer, da ja gerade die Schwierigkeit „einer ganz zutreffenden Definition" von der Commission anerkannt worden, Protocolle S. 95.

Vielleicht wird man sagen können:

Handlungsgehülfen stehen darin den Handlungsbevollmächtigten gleich, daß die Dienste, zu denen sie sich verbunden, auf das Handlungsgewerbe beschränkt sind.

Sie unterscheiden sich von denselben dadurch, daß sie lediglich factische Dienste (im Gegensatz zu Rechtsgeschäften, die dem Hand-

lungsbevollmächtigten zufallen) zu leisten haben, und zwar solche, die in unmittelbarer Beziehung zu dem Handlungsgewerbe stehen, sei es zu dem Betriebe desselben im Ganzen (Buchhalter), sei es zu dem Abschluß wie der Erfüllung derjenigen einzelnen Rechtsgeschäfte, die den Handlungsbevollmächtigten zufallen. Unter die erstere Kategorie (der factischen zum Abschluß erforderlichen Dienste) würde zum Beispiel gehören das Herausnehmen der Waare aus dem Magazin, um solche den Kauflustigen vorzulegen, das Austragen von Proben 2c.; unter die zweite das Austragen von Rechnungen, das Hinbringen der gekauften Waaren nach dem Käufer 2c.

IV.

Die neue und die alte stille Handelsgesellschaft.

Neben der alten stillen Handelsgesellschaft (auch Commanditgesellschaft genannt) hat der Entwurf eine sog. neue stille Handelsgesellschaft auf Grundlage des französischen Rechts nach Vorgang des preußischen Entwurfs eingeführt. Ja diese neue stille Gesellschaft hat die alte aus der Reihe der Handelsgesellschaften im Entwurfe verdrängt. Handelsgesellschaften sind nach dem Entwurfe „Vereinigungen mit gemeinschaftlichem Ver„mögen und gemeinschaftlicher Firma"; in diesem Sinne könne aber die alte stille Gesellschaft eine Handelsgesellschaft nicht genannt werden (vrgl. Protocolle S. 1166), auf die neue stille Handels-Gesellschaft passe aber die Bezeichnung „stille" Gesellschaft nicht.

So steht denn im Entwurf die neue stille Gesellschaft allein als Handelsgesellschaft da und zwar unter der Bezeichnung „Commanditgesellschaft." Von derselben handeln die Artikel 142—162. Die alte ist in einem besonderen Abschnitt behandelt — unter dem Namen der „stillen Gesellschaft", Art. 236—248.

Es wird keinem Mißverständniß unterliegen, wenn weiterhin von der neuen und der alten stillen Handelsgesellschaft die Rede sein wird, mit jener ist die Commanditgesellschaft des Entwurfs, Art. 142—162, mit dieser die stille Gesellschaft Art. 236—248 gemeint. Ich wähle diese von der Commission reprobirte Bezeichnung, weil, wie sich im Verlaufe der weitern Entwickelung zeigen wird, auch für jene die Bezeichnung „stille" Gesellschaft, für diese

die Bezeichnung „Handelsgesellschaft" zutrifft. Ebenso kann es keinem Bedenken unterliegen, die Bezeichnung Commanditist und Complementar auch für die alte stille Handelsgesellschaft anzuwenden, obwohl der Entwurf nur bei der neuen Gesellschaft die Bezeichnung „Commanditist" gebraucht, und bei der alten vom stillen Gesellschafter spricht.

Wir fragen, in welchen Punkten bestehet die Gleichheit, in welchen die Verschiedenheit beider Gesellschaften?

A. Der Unterschied reducirt sich auf zwei Hauptpunkte:

1. Bei der neuen stillen Handelsgesellschaft „wird das Gewerbe unter gemeinschaftlicher Firma betrieben", während bei der alten „unter der Firma des Complementars"; bei der neuen „ist das Handelsgewerbe ein gemeinschaftliches", bei der alten „Eigenthum" des Complementars; die neue stille Gesellschaft ist eine Gesellschaft „mit gemeinsamem Handlungsfonds und gemeinsamer Firma", bei der alten gehört der Handlungsfonds lediglich dem Complementar. Gerade darin besteht die besondere mercantilische Ausbildung der ersten, daß ihr Firma und Eigenthum verliehen ist. — Protocoll, Seite 1158.

Fragen wir nach der Bedeutung dieser Unterscheidungen.

Darauf kann (selbstverständlich) kein Gewicht gelegt werden, daß nach der Firmen-Ordnung (Artikel 14—26)

ein Kaufmann, der sein Geschäft ohne Gesellschafter oder nur mit einem stillen Gesellschafter (alte stille Gesellschaft) betreibt, nur seinen Familiennamen mit oder ohne Vornamen als Firma führen darf, Art. 15,

während nach Art. 16

die Firma einer Commanditgesellschaft (neue stille Gesellschaft) den Namen wenigstens eines persönlich haftenden Gesellschafters mit einem das Vorhandensein einer Gesellschaft andeutenden Zusatze enthalten muß.

Hierin ist nämlich nur ein äußeres Kennzeichen für die Unterscheidung beider Arten der stillen Gesellschaft gegeben, während wir fragen, ob, eventualiter welche inneren Unterschiede vorhanden sind. Erwähnt muß hier noch werden, daß auch bei der neuen

Gesellschaft der Name des Commanditisten in der Firma eben so wenig enthalten sein darf (Art. 158), wie bei der alten (Art. 242), und daß, wenn solches dennoch der Fall ist, in beiden Fällen dieselben Folgen eintreten: der Commanditist haftet den Gläubigern der Gesellschaft gleich einem offnen Gesellschafter.

Was heißt es, das Handelsgewerbe und die Handelsfirma sind gemeinschaftlich? Die Bedeutung kann sich nur offenbaren bei den Fragen: wem stehen die Forderungen aus den einzelnen Handlungsgeschäften zu, wer erscheint als der Schuldner, wer hat das Eigenthum an den Waaren und dem baaren Handlungsfonds?

Die Antwort des Entwurfs auf obige Frage ist:

während bei der alten stillen Gesellschaft der Complementar Eigenthümer des Handlungsfonds, des Waarenlagers ist, dieser aus den Geschäften des Handlungsgewerbes dem Dritten gegenüber allein berechtigt und verpflichtet wird (Artikel 241), so ist bei der neuen stillen Gesellschaft die Gesellschaft berechtigt und verpflichtet.

Nach dem Artikel 154 kann die Commanditgesellschaft (die neue stille Gesellschaft) unter ihrer Firma Rechte erwerben, Verbindlichkeiten eingehen, Eigenthum und andere dingliche Rechte an Grundstücken acquiriren, vor Gericht klagen und verklagt werden.

Wir fragen, was heißt es: die Commanditgesellschaft erwirbt unter ihrer Firma Rechte?

Ist die Commanditgesellschaft eine juristische Person? Nein.

So oft die letztere Frage in der Commission angeregt worden, ist sie mit gutem Grunde verneinend beantwortet. Statt des Weiteren genügt die Verweisung auf die Protocolle S. 1139 ff.

Die Worte können demnach nur besagen:

aus den einzelnen Handlungsgeschäften werden beide — der Complementar, wie der Commanditist — berechtigt, beide verpflichtet; der baare Handlungsfonds, das Waarenlager steht im Miteigenthum beider.

Wir betrachten zunächst die Rechte des Commanditisten. Der Commanditist wird durch die Rechtsgeschäfte berechtigt, er hat Miteigenthum an den Waaren ꝛc.

Aber hat er zu irgend einer Zeit das Recht, über das Waarenlager und den baaren Handlungsfonds zu disponiren? — Kann er jemals die Forderungen geltend machen? Während des Bestandes der Gesellschaft nicht.

Die alleinige Disposition hat der Complementar. — Der Complementar schließt die Rechtsgeschäfte für die „Gesellschaft" ab, er vertritt sie vor Gericht — Art. 157. — Der Commanditist ist zur Führung der Geschäfte weder berechtigt, noch verpflichtet, er kann nicht einmal gegen die Vornahme einer Handlung von Seiten des Complementars Widerspruch erheben. — Art. 148.

Aber auch nicht nach Auflösung der Gesellschaft, oder nach Ausscheidung des Commanditisten, was, sofern mehrere socii da sind, mit dem Fortbestande der Societät unter den Uebrigen vereinbarlich ist. Der Commanditist muß sich im letztern Falle (dem Falle seines Ausscheidens) die Auslieferung seines Antheils in einer dessen Werth darstellenden Geldsumme gefallen lassen, er hat kein Recht auf einen verhältnißmäßigen Antheil an den einzelnen Forderungen, Waaren und anderen Vermögensstücken der Gesellschaft; vrgl. Art. 162 in Verbindung mit Art. 126. Im Falle der Auflösung der Gesellschaft hingegen sollen nach Artikel 162 die Bestimmungen über die Liquidation nach Auflösung einer offenen Handelsgesellschaft — Art. 127—137 — zur Anwendung kommen.

Nach Artikel 127 fällt das Geschäft der Liquidation den sämmtlichen bisherigen Gesellschaftern zu, sofern nicht durch den Gesellschafts-Vertrag oder durch einstimmigen Beschluß der Gesellschafter ein Anderes bestimmt ist.

Die Liquidatoren haben die laufenden Geschäfte zu beendigen, die Verpflichtungen der aufgelösten Gesellschaft zu erfüllen, die Forderungen einzuziehen (eventual. im Wege der Klage), das Vermögen zu versilbern ꝛc.

Sonach könnte man denn annehmen, daß bei der neuen stillen Gesellschaft dem Commanditisten, wenigstens nach der Auflösung, die ihm bis dahin entzogene Disposition zufallen soll. Allein diese Annahme würde nicht gerechtfertigt sein, wie sofort näher dargelegt werden soll.

In der Session vom 28. October 1857 (vergl. Protocolle Seite. 1012) wurde beschlossen, im Artikel 127 auszusprechen:

daß nach Auflösung einer offenen Handelsgesellschaft — in Ermangelung einer im Gesellschaftsvertrage oder zu irgend einer späteren Zeit getroffenen Verabredung — den sämmtlichen geschäftsführenden Gesellschaftern (im Gegensatz zu den vertragsmäßig von der Geschäftsführung ausgeschlossenen, Artikel 98, 99) die Liquidation zufallen solle.

Dawider wurde in der Session vom 2. Novbr. — Protocolle S. 1029 ff. — bemerkt: „nach allgemein verbreiteter kaufmännischer Praxis werde die Vollmacht der geschäftsführenden Gesellschafter mit der Auflösung der Gesellschaft als erloschen angesehen. Von dieser Ansicht aus dürfe man zwischen den geschäftsführenden und von der Geschäftsführung ausgeschlossenen Gesellschaftern keinen Unterschied machen, vielmehr müsse man annehmen, daß alle Gesellschafter die Liquidation zu besorgen hätten."

Diese Bemerkung wurde richtig befunden; auf Grundlage derselben ruht die Bestimmung des Art. 127.

Bei Anwendung des Artikels auf die neue stille Gesellschaft darf man aber nicht sagen: sämmtlichen Gesellschaftern (auch den Commanditisten) fällt das Geschäft der Liquidation zu.

Man würde hier dem Commanditisten, der, rechtlicher Vorschrift zufolge, von der Geschäftsführung während des Bestehens der Societät ausgeschlossen ist, das Geschäft der Liquidation übertragen.

Nach Sinn und Inhalt des Artikels 127 soll aber nur die Vereinbarung, derzufolge während der Dauer einer offenen Handelsgesellschaft ein, oder mehrere socii, von der Verwaltung ausgeschlossen sind, für erloschen erklärt werden, dergestalt, daß mit der Beendigung der Societät die Liquidation wieder sämmtlichen sociis, denen sie ohne solche Vereinbarung nach rechtlicher Vorschrift gebühren würde, zufallen soll.

Diese Vorschrift würde demnach bei einer Commanditgesellschaft nur Anwendung finden können, wenn sie zugleich mit einer offenen Handelsgesellschaft verbunden gedacht würde, z. B. A und

B sind Complementare, C ist Commanditist. Vereinbarungsmäßig ist B von der Geschäftsführung ausgeschlossen. Hier würden nun bei der Auflösung A und B Liquidatoren sein, nicht C, weil diesem auch — ohne ausdrückliche Ausschließung — schon nach rechtlicher Vorschrift die Geschäftsführung nicht gebührt.[27])

So steht es denn bei der neuen stillen Gesellschaft nach deren Auflösung gerade ebenso, wie bei der alten — vergl. Art. 248, nach welchem das Geschäft der Auseinandersetzung dem Complementar allein zufällt. Nur Ein Unterschied ist vorhanden: der Commanditist kann „aus wichtigen Gründen die Ernennung von Liquidatoren durch den Richter verlangen.“ Artikel 162 in Verbindung mit Art. 127 Satz 2.

Bei der neuen stillen Gesellschaft ist der Commanditist mitberechtigt aus den einzelnen Rechtsgeschäften, Miteigenthümer der Waaren ꝛc. — aber alles dieses nur dem Namen nach. Zu keiner Zeit hat er Dispositions-Befugniß.

Der alte stille Gesellschafter erhält Geld, und nur Geld, der neue ebenfalls.

Aber vielleicht hat diese verschiedene Auffassung in der Stellung des Commanditisten zum Complementar Einfluß auf die Theilungsart?

Auch nicht. Die Vorschläge, die Gewinntheilung bei der neuen stillen Gesellschaft gesetzlich zu bestimmen (Protoc. S. 1106) sind abgelehnt. Es heißt im Artikel 152:

> ist über die Höhe der Betheiligung am Gewinne und Verlust nichts vereinbart, so entscheidet das richterliche Ermessen.

Wie steht es nun mit der Verpflichtung des Commanditisten aus den von der durch den Complementar vertretenen Gesellschaft eingegangenen Rechtsgeschäften? — Es wird ja im Artikel 154 gesagt, „die Gesellschaft (d. h. die einzelnen socii) kann Verbindlichkeiten eingehen. Ist nun eine Klage aus solchen ein-

---

27) Uebrigens ist hieraus wohl zu ersehen, daß es mißlich steht um die bloße Verweisung bei der neuen stillen Gesellschaft auf die zunächst für die offene Handelsgesellschaft berechneten Artikel 127—137.

gegangenen Verbindlichkeiten, z. B. aus einem Kaufcontract auf Zahlung des Preises, oder auf Lieferung des Kaufobjects, gegen den Commanditisten begründet?

Die Antwort ist nein. Die Gläubiger haben kein directes Klagerecht gegen den Commanditisten, sondern können nur — und zwar regelmäßig auch nur im Fall der Insolvenz des Complementars — dessen Recht gegen den Commanditisten aus der versprochenen (aber nicht bezahlten) Einlage als Executions-Object in Anspruch nehmen. Sehr deutlich ist dieses ausgesprochen in den Sitzungen vom 18. und 20. Novbr. 1857. — Protocolle S. 1100 ff. — Nach 1104 hielt man auch den Einwand, daß es jedenfalls erforderlich sei, zu sagen, die Gläubiger hätten kein directes Klagerecht, weil sonst das Gegentheil aus der „Gemeinschaftlichkeit der Firma" gefolgert werden würde, nicht für begründet. Auch in dem Entwurfe selbst ist dieses indirect, z. B. dadurch ausgesprochen, daß es im Artikel 148 heißt:

> die Geschäftsführung der Gesellschaft wird durch den oder die *persönlich haftenden* Gesellschafter besorgt.

Es steht also bei der neuen stillen Gesellschaft auch nicht anders, als bei der alten. Bei beiden findet keine directe Verhaftung des Commanditisten statt.

Von der alten stillen Handelsgesellschaft heißt es ausdrücklich im Artikel 241:

> aus den Geschäften des Handelsgewerbes wird der Inhaber desselben (der Complementar) dem Dritten gegenüber allein berechtigt und verpflichtet.

In der Sache selbst gilt dieses nach der obigen Ausführung auch von der neuen stillen Gesellschaft. Die „Gemeinsamkeit der Firma und des Handelsgewerbes," welche die neue stille Gesellschaft von der alten unterscheiden soll, hat sachlich keine Bedeutung, — abgesehen von einem einzigen Punkte, nämlich im Falle einer Execution in das Vermögen des Complementars, wie im Falle eines über denselben ausgebrochenen Concurses. Das Nähere in dieser Beziehung kann nur in einem andern Zusammenhange dargelegt werden; vorweg nur die Bemerkung, daß gerade hier die An-

nahme des Miteigenthums zu einem von der Commission wenigstens theilweise entschieden nicht gewollten Resultate führt.

2) Der zweite Punkt betrifft die Haftung der Einlage des Commanditisten. Es sind hier zwei Fragen zu scheiden, die eine: bis zu welchem Betrage ist der Commanditist verhaftet? die andere: für welche Verbindlichkeiten besteht die Haftungspflicht?

In der ersteren Beziehung steht sowohl bei der neuen, als bei der alten stillen Gesellschaft der Grundsatz fest:

der Commanditist ist nur zum Betrage seiner Einlage verhaftet; soweit diese nicht bezahlt worden, mit dem versprochenen Betrage. Art. 155. 243.

Aber darin liegt eine wichtige Verschiedenheit, daß die Einlage bei der neuen stillen Gesellschaft nicht vermindert werden darf, während solches zuläßig ist bei der alten.

a) Es ist demnach bei der neuen stillen Gesellschaft während des Bestehens derselben die Rückzahlung, desgleichen der Erlaß den Gläubigern der Gesellschaft gegenüber, deren Forderungen vor der Rückzahlung resp. vor dem Erlasse begründet waren, unzuläßig[28]), in Ansehung der späteren Gläubiger nur dann von Wirkung, wenn die Thatsache in das Handelsregister eingetragen und öffentlich bekannt gemacht worden ist.[29])

b) Damit hängt auch die Bestimmung Art. 155 Satz 3 u. 4

28) Artikel 155 Satz 2. Die Fassung ist jedoch ungenau. Es sollte nicht schlechthin der Erlaß, resp. die Rückzahlung für unstatthaft erklärt werden (verbis: kann nicht erlassen werden ꝛc.), sondern nur gesagt werden, daß den Gläubigern gegenüber solche Rückzahlung ꝛc. wirkungslos sei. Vergl. Protocolle S. 1162. Aber die Worte lauten generell, und darin liegt meines Erachtens immer ein Mangel, wenn derselbe vielleicht auch in concreto bei der bestimmten Erklärung von Seiten der Commission S. 1162 keinen Nachtheil bringen sollte. Es genügt der Zusatz „den Gläubigern gegenüber," der zu dem l. c. beregten Mißverständnisse gewiß keine Veranlassung geben kann. In den Worten des Artikels, Satz 5: „er haftet für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft, wenn und insoweit er diesen Bestimmungen entgegen Zahlungen empfangen hat," ist jenem Mangel nicht abgeholfen, da die Frage entstehen kann, ob jene Worte sich auch auf die hier zur Rede stehende Bestimmung beziehen. Jedenfalls ist des „Erlasses" hier nicht gedacht.

29) Der letztere Passus interessirt hier vorläufig noch nicht.

zusammen.[30]) Ist kein Gewinn in einem Rechnungsjahre erzielt, so dürfen dem Commanditisten weder Zinsen bezahlt werden, noch kann — was sich von selbst versteht — eine Gewinnauszahlung erfolgen. Nur bis zum Belaufe des Gewinns erscheint beides zulässig, entgegengesetzten Falls ist der Commanditist zur Rückzahlung an die Gläubiger der Gesellschaft im Falle der Insolvenz verbunden.

c) Es ist möglich, daß die Einlage sich durch Verlust in einem Rechnungsjahr verringert hat. In diesem Fall ist zu Gunsten der Gläubiger bestimmt, daß der Commanditist bis zur Wiederergänzung derselben weder Zinsen noch Gewinn beziehen darf. Art. 155 Satz 4.

d) Nur dann, wenn er einen Gewinn auf Grund einer mit gutem Glauben errichteten Bilanz in gutem Glauben bezogen hat, ist er zur Rückzahlung an die Gläubiger nicht verbunden. — Artikel 155 Satz 6.

In allen diesen Beziehungen steht es anders bei der alten Commandite. Der Complementar und Commanditist sind in der Rückzahlung, resp. dem Rückempfang und dem Erlaß der Einlage, nicht beschränkt. Nur die Bestimmung des Artikels 243 greift hier Platz, daß, wenn innerhalb des Zeitraums eines Jahres vor Eröffnung des Concurses einem stillen Gesellschafter seine Einlage zurückbezahlt oder erlassen worden, derselbe gehalten ist, den erhaltenen oder erlassenen Betrag zur Befriedigung der Gläubiger in die Concursmasse zu zahlen.[31])

---

30) Man scheide beide — im Entwurfe bestimmt auseinandergehaltenen — Fragen: nach der Befugniß des Commanditisten, vom Complementar Gewinnauszahlungen zu verlangen (worüber Artikel 121 redet), und von der Befugniß des Commanditisten, den Gläubigern gegenüber Gewinnauszahlungen auf seine Einlage in Empfang zu nehmen, worüber oben im Texte das Nähere.

31) Dem Concurse müßte doch wohl der Fall gleichgestellt werden, wo zwar Zahlungsunfähigkeit vorhanden ist, es aber gleichwohl nicht zum Concurse kommt, z. B. weil nur Ein Gläubiger vorhanden ist. Was hiegegen in den Protocollen erinnert ist, S. 1175, würde meinem Erachten nach genügend berücksichtigt werden, wenn man den Zeitpunkt zu Grunde legte, wo eine Execution in das Vermögen des Complementars als erfolglos sich herausgestellt hat.

Diese Verschiedenheit hat ihren Grund darin, daß, da die neue stille Gesellschaft ins Handelsregister eingetragen und öffentlich bekannt gemacht werden soll[32]), auch diejenigen Personen, mit welchen der Complementar Handelsgeschäfte abschließt, es wissen, daß nicht bloß das Vermögen des Complementars selbst, sondern daneben noch die vom Commanditisten versprochene Einlage für die Erfüllung verhaftet ist.

Der zweite Punkt bezieht sich auf die Frage, für welche Schulden ist die Einlage verhaftet? — Bei der neuen Commandit-Gesellschaft nur für die Handelsschulden, aber freilich, wenn Jemand einer bestehenden Handelsgesellschaft als Commanditist beigetreten ist, für alle von der Gesellschaft vor seinem Eintritt eingegangenen Verbindlichkeiten. — Art. 156. — (Eine gleiche Bestimmnng für die offene Handelsgesellschaft Art. 112).

Diese letztere Beschränkung — die obenein einer Abänderung durch Privatwillkür nur in beschränkter Weise unterliegen soll[33]), würde consequent erscheinen, wenn die neue Commanditgesellschaft als juristische Person zu betrachten wäre. Da diese Auffassung abgelehnt worden, ist sie vom Vorwurfe der Willkür nicht freizusprechen. Noch willkürlicher erscheint es aber, wenn rücksichtlich der alten Commanditgesellschaft in Artikel 243 der Satz aufgestellt worden, daß die Einlage allen Gläubigern des Complementars, nicht bloß den Handlungsgläubigern verhaftet ist.[34])

32) Vor der Eintragung besteht die neue stille Gesellschaft als solche nicht, Art. 144.

33) Art. 166 Satz 2: „ein entgegenstehender Vertrag ist gegen Dritte ohne rechtliche Wirkung."

34) Man setze z. B. den Fall, die Handlung befindet sich in blühenden Umständen, es sind gar keine oder nur ganz unbedeutende Handlungsschulden vorhanden, das Waarenlager ist 20,000 Thlr. werth. Der Complementar hat aber eine insolvente Erbschaft angetreten, oder sich auf anderweitige Speculationen für seine Person eingelassen, oder sich als Commanditist bei andern Gesellschaften betheiligt — und fallirt. —

Der Commanditist geht leer aus. Hat derselbe seine Einlage eingezahlt, so wird er freilich, auch wenn er nur für die Handlungsschulden haftet, factisch in der Regel, in Folge der Concurrenz der übrigen Gläubiger, eine Einbuße erleiden müssen, regelmäßig — d. h. insofern die übrigen Gläubiger keine

Der Intention der Partheien widerspricht dieses sicherlich, wie in den Verhandlungen mehrfach ausgesprochen worden (Protocolle, S. 1175 ff.). Die Rücksichten der Zweckmäßigkeit, die für den Satz des Entwurfs, S. 1176, geltend gemacht worden, treffen — soweit sie überhaupt einen Grund haben — in gleicher Weise auch bei der neuen Commanditgesellschaft zu, insbesondere gilt dieses von der Behauptung „daß beim Concurse des Comple„mentars die Handlungsgläubiger nicht bloß aus einem abgeson„derten Handlungsfonds, sondern auch aus dem Privatvermögen „pro rata befriedigt werden, und die Privatgläubiger umgekehrt „auch an dem zur Handlung gehörigen Vermögen participiren."

Hierauf werden wir übrigens weiter unten zurückkommen.

Ganz besonders ist aber wohl zu erwägen, daß, wenn auch das Gesetz dem stillen Gesellschafter der alten Commanditgesellschaft jene weitere Haftung aufbürdet, doch hier durch Privatwillkür eine Abänderung möglich ist, und sicherlich Diejenigen, die überhaupt nach der Ungunst, die vom Entwurf der alten Commanditgesellschaft widerfahren, Neigung haben möchten, eine Gesellschaft dieser Art einzugehen, sofern sie der einschlagenden Rechtssätze sich bewußt sind, (was doch wünschenswerth erscheinen muß), durch Vertrag das Gegentheil bestimmen werden, wodurch für den Credit der Handlung und die Sicherheit des stillen Gesellschafters gewonnen werden würde. Will der Entwurf solche entgegenstehende Vereinbarung ausschließen, so müßte dieses, da es sich sicherlich nicht von selbst versteht, bestimmt ausgesprochen werden, — (wie bei dem Artikel 156). Indessen solche Bestimmung wird sich schwerlich rechtfertigen lassen, da es bei der alten Commanditgesellschaft nur zufällig ist, wenn dritte Personen das Vorhandensein derselben erfahren.

Es ist wichtig, die vorberegte Verschiedenheit als willkürlich festgesetzte zu erkennen, um die Frage zu beantworten, ob überhaupt eine Scheidung der beiden Arten der Commanditgesellschaft

---

Pfandrechte haben, — aber nur zu einem Theile. Das Unzutreffende ergiebt sich vollends, wenn man den Fall setzt, der Commanditist hat seine Einlage noch nicht ganz eingezahlt.

sich rechtfertigen läßt. Der einzige, in der Sache selbst begründete Unterschied liegt nach der obigen Entwickelung darin, daß die versprochene oder eingezahlte Einlage den Handlungsgläubigern absolut, d. h. ohne Rücksicht auf die Vereinbarung der socii verhaftet bleiben soll, und dieser Unterschied hängt eben damit zusammen, daß bei der einen Art der Commanditgesellschaft das Verhältniß öffentlich bekannt gemacht ist, bei der andern nicht.

B. Die wesentliche Gleichheit beider Gesellschaften, die schon in der bisherigen Betrachtung der Verschiedenheiten hervorgetreten ist, noch weiter im Einzelnen nachzuweisen, ist jetzt unsere Aufgabe. Dabei werden denn noch einzelne wenige Unterschiede sich ergeben, deren aber angemessen erst hier Erwähnung geschehen konnte. Es ist hier zu scheiden:

1. Das Rechtsverhältniß zwischen dem Commanditisten und dem Complementar.

2. Das Verhältniß Beider zu dritten Personen.

Ad 1. Was das Rechtsverhältniß zwischen dem Commanditisten und dem Complementar anlangt, so ist

a. in dem Art. 147 für die neue stille Gesellschaft gesagt, das Verhältniß richte sich zunächst nach dem Societätsvertrage. Diese Bestimmung versteht sich von selbst, deshalb muß dasselbe auch bei der alten Commanditgesellschaft gelten.

b. In deren Ermangelung wird nach dem Artikel 151 in Verbindung mit Artikel 106 bei der neuen Commanditgesellschaft am Schlusse eines jeden Geschäftsjahres der Gewinn oder Verlust ermittelt und für jeden socius sein Theil daran berechnet.

Von der alten Commanditgesellschaft heißt es Artikel 240: „der dem stillen Gesellschafter am Schlusse jedes Geschäftsjahres zufallende Gewinn wird ihm ausbezahlt."

Der Entwurf erster Lesung, Art. 154, enthielt auch für die neue stille Gesellschaft die Worte „wird ausgezahlt." Um den Commanditisten nicht anders zu stellen, als den offenen Gesellschafter, wurde nach den Protoc. S. 1106 jene Abänderung beschlossen.

Allein, welcher sachliche Unterschied ist hiemit gegeben? Auch bei der neuen stillen Gesellschaft hat der Commanditist das Recht,

von dem Gesellschaftsvermögen Gelder bis zum Betrage des ihm zufallenden Gewinns zu entnehmen.[35])

Daß damit bei der neuen Commanditgesellschaft eine definitive Auszahlung gemeint ist, deren Zurückzahlung weder die socii, noch die Gläubiger verlangen können, ist aus dem letzten Absatz des Artikels 151 klar.

Ein Unterschied kann also nur in den Folgen liegen, die eintreten, wenn der Commanditist den Gewinn, den er erheben durfte, beim Complementar läßt. Aber gerade für diesen Fall sind im Entwurfe keine Bestimmungen getroffen. Entweder wird vertragsmäßig die Einlage erhöhet, oder aber, wenn ein solcher Vertrag nicht zu Stande kommt, behält der Commanditist eine Forderung gegen den Complementar (gegen die Gesellschaft), welche Forderung er zum Besten der Gläubiger herzugeben nicht verbunden ist, vielmehr sie rechtlich eben so ungeschmälert behält, wie den ausbezahlten Gewinn, welche aber factisch wegen der Concurrenz der andern Gläubiger im Concurse des Complementars nicht zur vollen Hebung gelangt.[35a])

c. Der Commanditist darf abschriftliche Mittheilung der jährlichen Bilanz und Einsicht der betreffenden Bücher und Papiere verlangen, Art. 150. — Art. 239.

d. In welcher Weise geschieht nun die Berechnung des jährlichen Gewinns?

Bei der neuen Commanditgesellschaft werden zunächst jedem socius Zinsen von seiner Einlage — 4 Procent — gut geschrieben, demnächst der Gewinn berechnet. Art. 151 in Verbindung mit Art. 105. Ueber die Höhe der Betheiligung an Gewinn und Verlust entscheidet eventualiter das richterliche Ermessen, Art. 152.

35) Der Artikel 107, auf welchen der Art. 151 verweiset, enthält freilich den Zusatz „so weit es nicht zum offenbaren Nachtheil der Gesellschaft gereicht." Vielleicht soll darin ein Unterschied liegen, daß bei der neuen Commanditgesellschaft der Complementar nicht die Herausnahme fordern kann, während er bei der alten dieses verlangen kann. — Nach den Verhandlungen in der 34. Sitzung (Prot. S. 298; vrgl. auch die Protocolle S. 992 ff. 1019 ff.) muß man dieses wohl annehmen.

35a) Vergl. Thöl, Handelsrecht S. 194.

Der Entwurf enthält in Betreff der alten Commanditgesellschaft keine Bestimmung über die Berechnung des Gewinns.

e. „Den bezogenen Gewinn ist der Commanditist nicht ver„bunden, wegen späterer Verluste zurückzuzahlen; jedoch wird, so „lange seine ursprüngliche Einlage durch Verlust vermindert ist, „der jährliche Gewinn zur Deckung des Verlustes verwandt."

So der Art. 151 für die neue, der Art. 240 für die alte stille Gesellschaft.

f. An dem Verlust nimmt der Commanditist nur bis zum Betrage seiner eingezahlten oder rückständigen Einlage Theil.

Art. 151 für die neue, Art. 240 für die alte Gesellschaft.

g. Wenn ein Commanditist stirbt, oder in Concurs verfällt, oder zur Verwaltung seines Vermögens rechtlich unfähig wird, so hat dieses die Auflösung der Gesellschaft nicht zur Folge.

Art. 160 für die neue, Art. 247 für die alte Gesellschaft.

h. Dahingegen wird die neue, wie die alte, Commanditgesellschaft aufgelöset (vrgl. Artikel 160 in Verbindung mit Artikel 119—121 und Art. 245):

durch die Eröffnung des Concurses über das Vermögen des Complementars,

durch Ablauf der Zeit, auf deren Dauer die Gesellschaft eingegangen ist, sofern nicht die Gesellschafter dieselbe stillschweigend fortsetzen, in welchem Falle der Vertrag von da an als auf unbestimmte Zeit geschlossen gilt,

durch gegenseitige Uebereinkunft,

durch die Aufkündigung eines der beiden Theile, wenn der Vertrag auf unbestimmte Dauer geschlossen ist. — Als ein solcher auf unbestimmte Dauer geschlossener Vertrag gilt auch ein auf Lebenszeit eingegangener Societätsvertrag. — Diese Aufkündigung muß aber mindestens 6 Monate vor Ablauf des Geschäftsjahres erfolgen.

Jedoch kann auch vor Ablauf der für die Dauer bestimmten Zeit, desgleichen bei einem Vertrage von unbestimmter Dauer ohne vorgängige Aufkündigung, die Auflösung aus wichtigen Gründen verlangt werden. Die Beurtheilung, ob solche Gründe vorhanden,

bleibt im Falle des Widerspruchs dem richterlichen Ermessen überlassen.

Einzelne Beispiele von derartigen Gründen für die neue Commanditgesellschaft enthält der Artikel 121 (vergl. Art. 160).

Wenn die Gesellschafter vor der Auflösung der Gesellschaft übereingekommen sind, daß ungeachtet des Ausscheidens eines oder mehrerer Gesellschafter die Gesellschaft unter den übrigen fortgesetzt werden soll, so endigt die Gesellschaft nur in Beziehung auf den Ausscheidenden, im Uebrigen besteht sie mit allen ihren bisherigen Rechten und Verbindlichkeiten fort.

So der Artikel 160 (vrgl. Art. 122) für die neue Gesellschaft.

Für die alte fehlt es an einer gleichen Bestimmung, es soll aber auch hier ohne Zweifel dasselbe gelten. Man denke, es sind 3 Complementare vorhanden (offene Gesellschaft), neben denselben ein Commanditist, ein Complementar scheidet aus.

Wenn die Auflösung der Gesellschaft aus Gründen gefordert werden darf, welche in der Person eines Gesellschafters liegen, so kann anstatt derselben auf Ausschließung dieses Gesellschafters erkannt werden, sofern die sämmtlichen übrigen Gesellschafter hierauf antragen.

So der Art. 160 (vrgl. Art. 123) für die neue Gesellschaft; das Gleiche muß auch für die alte gelten.

Ferner wird nach Art. 160 (vrgl. Art. 119 sub. 2) die neue stille Gesellschaft aufgelöset durch den Tod des Complementars — sofern nicht der Vertrag bestimmt, daß die Gesellschaft mit den Erben fortbestehen soll.

Rücksichtlich der alten Commanditgesellschaft fehlt es an einer gleichen Bestimmung, ohne Zweifel soll aber auch hier dasselbe eintreten; vrgl. Art. 247.

Endlich erfolgt die Auflösung, wenn der Complementar zur Verwaltung seines Vermögens rechtlich unfähig wird, — Art. 160 und Art. 119 sub. 3 — für die alte Commanditgesellschaft indirect anerkannt im Art. 247.

i. Ein Endigungsgrund für die neue Commanditgesellschaft bedarf noch einer eingehenden Beleuchtung. Nach dem Artikel 119 sub. 1 wird eine offene Handelsgesellschaft aufgelöset durch die

Eröffnung des Concurses „über die Gesellschaft." Dasselbe soll nach Artikel 160 auch für die neue Commanditgesellschaft gelten.

Es ist demnach angenommen worden, daß außer dem Concurse über das Vermögen des Commanditisten (der freilich die Auflösung der Gesellschaft nicht zur unmittelbaren Folge hat), außer dem Concurse über das Vermögen des Complementars, noch ein Concurs über die Commanditgesellschaft statt haben kann. — Wie ist dieses gedacht?

Der Complementar haftet mit seinem ganzen Vermögen den Handlungsgläubigern. Diese können ihre Befriedigung nicht bloß aus dem Handlungsfonds (dem Waarenlager, ausstehenden Handlungsforderungen) entnehmen, sondern auch aus dem übrigen Vermögen des Complementars. Ein Concurs des Complementars, durch Handlungsschulden veranlaßt, ist immer ein universeller, d. h. ergreift das ganze Vermögen.

Können nun in gleicher Weise, wie die Handelsgläubiger in das Privatvermögen übergreifen dürfen, auch die Privatgläubiger das Handelsvermögen in Anspruch nehmen?

Wird die Frage verneint, so ist die Unterscheidung gerechtfertigt:

zwischen einem Concurse über die Handlung (der stets ein universeller ist);

zwischen einem Concurse über das Privatvermögen des Complementars;

welcher letztere Concurs nicht das Vermögen der Handlung ergreifen würde.

Von mehreren Mitgliedern der Commission ist nun die Ansicht geltend gemacht,

daß die Privatgläubiger eines Gesellschafters bei der offenen Societät, des Complementars bei der neuen Commanditgesellschaft, nicht befugt seien, die zum Gesellschaftsvermögen gehörigen einzelnen Sachen und Forderungen als Executionsobjecte in Anspruch zu nehmen, sie vielmehr nur dasjenige, was der Gesellschafter selbst an Zinsen und Gewinn oder bei der Auseinandersetzung zu fordern berechtigt sei, in Anspruch nehmen könnten;

vergl. Protocolle S. 1027. Wenn diese Ansicht noch einen Schritt weiter gehen würde, wenn man annähme, daß die Privatgläubiger auch im Falle des Concurses das Handelsvermögen nicht angreifen dürften[36]), dann, aber auch nur dann, könnte man von einem Concurse über die Gesellschaft neben dem Falle eines Concurses über den Complementar (über das Privatvermögen desselben) reden. Der Concurs über die Commanditgesellschaft würde ein universeller Concurs über das Vermögen des Complementars sein, der Concurs über sein Privatvermögen ein Particularconcurs, von welchem der Handlungsfonds (Waarenlager ꝛc.) nicht erfaßt würde.

Aber so weit ist jene Ansicht, die in den Protocollen Seite 1133 ff. eingehend erörtert worden, nicht gegangen. Selbst von dieser Auffassung aus ist zugegeben worden, daß ein jeder Privatgläubiger, der in dem separaten Vermögen des Schuldners keine Deckung findet, auf Eröffnung des Concurses gegen denselben antragen und damit die Auflösung der Gesellschaft und die Theilung des Gesellschaftsfonds veranlassen könne (S. 1141 f.). So kann man denn auch selbst von diesem Standpunkte aus von einem Concurse über die Commanditgesellschaft neben einem Concurse über den Complementar nicht reden. Uebrigens ist auch jene Ansicht, wenn nicht ausdrücklich verworfen, doch wenigstens nicht im Entwurfe sanctionirt.

Von einem Concurse über das Vermögen der Commanditgesellschaft kann demnach keine Rede sein.[37])

Uebrigens ist nicht schwer zu erkennen, welcher Fall mit dem Concurse „über die Gesellschaft" bezielt ist.

Wenn der Complementar überschuldet ist, so büßen, wenn wir von etwanigen Pfandrechten und Forderungsprivilegien absehen, die Privatgläubiger immer einen Theil

---

36) Diese Ansicht scheint der oben S. 52 aus den Protocollen mitgetheilten Stelle zu Grunde zu liegen.

37) Die Frage, ob bei der offenen Handelsgesellschaft von einem Concurse über die Gesellschaft geredet werden darf, interessirt hier nicht.

ihrer Forderungen ein. — Möglich ist es, daß die Handlungsgläubiger zu voll ihre Befriedigung erhalten.

Man denke z. B., die Einlage ist vom Commanditisten nicht zu voll eingezahlt. Nur die Gläubiger der Handlung sind berechtigt, sie zu ihrer Befriedigung in Anspruch zu nehmen.

Oder aber die Einlage ist zu voll eingezahlt, der Commanditist hat aber dem Artikel 155 entgegen Zahlungen empfangen, die er den Handlungsgläubigern herauszugeben hat.

Oder endlich die Einlage ist zu voll eingezahlt. Der Handlungsfonds übersteigt die Handlungsschulden um ein Bedeutendes. Das, was der Commanditist im Concurse den Privatgläubigern gegenüber rettet, reicht hin zur Befriedigung sämmtlicher Handlungsgläubiger.

Möglich ist es freilich, daß auch die Handlungsgläubiger nicht zu voll befriedigt werden.

Wenn man nun im letztern Falle, — wenn auch die Handlungsgläubiger nicht zu voll befriedigt werden, — von einem Concurse der Gesellschaft reden will, im erstern von einem Concurse des Complementars — so mag Solches immerhin zulässig sein, sofern nur dabei hervorgehoben wird, daß in beiden Fällen nur der Complementar Concurs macht, und daß man mit der ersteren Bezeichnung den Fall bezielt, wo im Concurse auch die Handlungsgläubiger mit ihren Ansprüchen zu kurz kommen, mit der letzteren, wo diese im Concurse zu voll zur Hebung kommen.

Es war nothwendig, dieses hervorzuheben, um die Frage zu beantworten: „ist denn hierin ein Unterschied der neuen, von der alten Commanditgesellschaft gegeben? Die Antwort muß freilich bejahend ausfallen, da unter der Voraussetzung, daß weder den Gläubigern aus den Handlungsgeschäften, noch den übrigen Gläubigern eine Hypothek zusteht, bei der Insolvenz des Complementars (der alten Gesellschaft) auch die Ersteren immer eine Kürzung erleiden müssen. Aber diese Verschiedenheit hängt lediglich mit der (willkürlichen) Bestimmung zusammen, daß die Einlage des Commanditisten (der alten Gesellschaft) auch für P r i v a t schulden des Complementars haftet.

Im Anschluß an das Vorstehende ist ein Punkt zur Sprache zu bringen, in welchem es allerdings von praktischer Wichtigkeit werden müßte, ob der Commanditist Miteigenthümer ist — nach der obigen Darlegung der einzige Punkt. Er betrifft die (hier besprochene) Frage: in wie weit können die Privatgläubiger des Complementars abgesehen vom Concurse, und im Concurse das Vermögen der Gesellschaft in Anspruch nehmen?

I. Zunächst abgesehen vom Concurse.

Ist der Commanditist Miteigenthümer, so können die Privatgläubiger nur den, dem Complementar zuständigen Antheil am Gesellschaftsvermögen als Executions-Object in Anspruch nehmen, nicht z. B. den ideell an den Waaren dem Commanditisten gehörigen Theil. — Daß aus der Dispositionsbefugniß des Complementars nicht das Gegentheil folgt, ist klar. Allein dieses entspricht weder der oben hervorgehobenen Ansicht Derer, welche überhaupt das Vermögen der Handlung Privatgläubigern als Executions-Object entziehen wollen, noch auch der gegentheiligen Ansicht, Protocolle S. 1141.

II. Was sodann den Fall des Concurses anlangt, so sind hier folgende Fälle zu scheiden:

1) der Complementar hat nur Privatschulden,
2) der Complementar hat nur Handlungsschulden,
3) es concuriren Privatschulden und Handlungsschulden, der Handlungsfonds ergiebt aber einen Ueberschuß,
4) es concurriren Privatschulden und Handlungsschulden, der Handlungsfonds ergiebt keinen Ueberschuß.

In dem zweiten und vierten Fall hat die Annahme des Miteigenthums keinen Einfluß. Der Commanditist geht immer leer aus.

Anders in den beiden übrigen Fällen.

Hat der Complementar nur Privatschulden, so ist, unter Voraussetzung des Miteigenthums, das Rechtsverhältniß folgendes.

An sich würden die Privatgläubiger nur den dem Complementar zuständigen Antheil zu ihrer Befriedigung heranziehen dürfen.

Aber mit dem Concurse hört von selbst die Societät auf. Das Recht, Auseinandersetzung zu verlangen, geht auf die Gläubiger über.

In Folge der Geltendmachung dieses Rechts wird das ganze Vermögen versilbert.

Hier würde nun der Commanditist seinen Theil ganz bekommen, ungeschmälert durch die Privatgläubiger — eben weil er Miteigenthum an den Waaren hatte und ihm selbst pro parte die ausstehenden Handlungsforderungen zustanden.

Wird „Miteigenthum" nicht angenommen, so concurrirt der Commanditist mit den Privatgläubigern, da er nicht als Vindicant im Concurse auftreten kann, andererseits aber auch diese ihm nicht vorgehen, da seine Einlage, im Gegensatz zur Einlage bei der alten Commanditgesellschaft, nur den Handlungsgläubigern haftet.

In dem Falle sub 3 endlich ist klar, daß, je nachdem der Handelsfonds ein erhebliches plus giebt oder nicht, die Annahme des Miteigenthums entweder zum Vortheil der Handlungsgläubiger, und des Commanditisten, oder zum alleinigen Vortheil der Ersteren gereicht. Man betrachte folgende Fälle:

a) das Waarenlager hat einen Werth von 8000 Thlr.,
b) die Handlungsschulden betragen 1000 Thlr.,
c) die sonstigen Schulden 11,000 Thlr.

Wir setzen zuerst, der Commanditist hat kein Miteigenthum. Er ist berechtigt, einen Theil des baaren Gewinns aus der Handlung — wir nehmen die Hälfte — zu fordern. Er wird danach 3500 Thlr. im Concurse liquidiren können. Diese 3500 Thlr. kommen jedoch nicht zur vollen Hebung, vielmehr, da die Handlungsgläubiger 1000 Thlr., die übrigen Gläubiger 11,000 Thlr. liquidiren, die Masse aber nur aus 8000 Thlr. besteht, etwa zu 2 Drittheilen. Auf seinen Antheil werden etwa 2000 Thlr. fallen, diese Summe wird aber von den Handlungsgläubigern, soweit dieselben einen Ausfall ihrer Forderungen erleiden müßten, in Anspruch genommen. Nur ein kleiner Rest, etwas über 1000 Thlr., würde ihm verbleiben.

Hier ist nun allein die Lage des Commanditisten (nicht die der Handlungsgläubiger, die ja immer in dem angeführten Falle ihre volle Befriedigung erhalten) eine bessere, wenn man ihm Mit-

eigenthum beilegt. — Seine Forderung auf 3500 Thlr. wird nicht geschmälert durch die Concurrenz der Gläubiger, da ihm ja Miteigenthum an den Waaren zustand. Nur die Handlungsgläubiger wird er so weit befriedigen müssen, als ihre Forderung von 1000 Thlr. durch die Concurrenz der übrigen (Privat-) Gläubiger Abbruch leidet.

Man nehme dahingegen den Fall:

a) das Waarenlager hat einen Werth von 8000 Thlr.,

b) die Handlungsschulden betragen 7500 Thlr.,

c) die übrigen Schulden 4500 Thlr.

und die genaue rechtliche Zergliederung wird hier zu dem Resultate führen: die Annahme des Miteigenthums stellt bloß die Handlungsgläubiger besser.

Auch hier, wie bei dem Falle sub I., kann wohl mit Grund daran gezweifelt werden, ob diese aus dem Miteigenthume des Commanditisten sich nothwendig ergebenden Resultate von der Commission gewollt sind. Wir kehren von dieser Abschweifung zurück und betrachten jetzt

Ad 2 die für das Verhältniß des Complementars und des Commanditisten zu dritten Personen sowohl bei der neuen, als der alten Commanditgesellschaft aufgestellten Sätze.

Bei beiden Arten der Gesellschaft wird die Geschäftsführung besorgt durch den Complementar, Art. 148, 237;

und zwar, ohne daß dem Commanditisten das Recht des Widerspruchs zusteht, Art. 148.

Bei der alten Gesellschaft versteht sich dieses von selbst.

Bei der neuen findet sich noch die Bestimmung, daß, wenn der Commanditist für die Gesellschaft Geschäfte schließt, ohne ausdrücklich[38]) zu erklären, daß er nur als Procurist oder als Bevollmächtigter handele, er aus diesen Geschäften gleich einem persön-

38) Weshalb „ausdrücklich?“ Es würde nach meiner Ansicht genügen „in bestimmt erkennbarer Weise.“ Dem Verfasser sind mehrfache Processe bekannt, wo es sich allein darum handelte, ob eine Erklärung, der Vorschrift eines bestimmten Gesetzes zufolge, als „ausdrückliche“ gelten kann.

lich haftenden Gesellschafter verpflichtet sein solle, Art. 157. Eine gleiche Bestimmung fehlt bei der alten Gesellschaft, und zwar mit Recht, weil nur bei der neuen öffentlich bekannt gemachten Commanditgesellschaft der Dritte zu dem Glauben veranlaßt werden könnte, er habe es mit einem offenen Gesellschafter zu thun.

Die Unterschiede der neuen von der alten Commanditgesellschaft reduciren sich in Gemäßheit der vorstehenden Entwickelung, so weit sie überhaupt sachlich statthaben, — wohin nicht die Bestimmung über das Miteigenthum des Commanditisten bei der neuen Gesellschaft gehört, — und so weit sie nicht willkürliche Festsetzungen enthalten, die ebensowohl so, als anders ausfallen konnten, lediglich auf die Haftung der Einlage des stillen Gesellschafters, welche Verschiedenheit ihrer Seits in dem formellen Unterschied ihren Grund hat, daß die neue Handelsgesellschaft öffentlich bekannt gemacht wird.[39]) Ist aber dieses der Fall, so darf man nur von Einer Commanditgesellschaft reden, und die Fälle, wo solche in das Handelsregister eingetragen und öffentlich bekannt gemacht ist und wo dieses nicht statthat, mit abweichenden Bestimmungen rücksichtlich der Haftung der Einlage, insoweit als Solches durch die öffentliche Bekanntmachung geboten ist, versehen. Mag man aber selbst abweichende Bestimmungen für die eine, wie die andere treffen, die mit der öffentlichen Bekanntmachung nicht im Zusammenhange stehen, mag man weiter selbst die Commanditgesellschaft, sofern die Eintragung erfolgt ist, mit dem Namen „neue Commanditgesellschaft" bezeichnen, niemals darf man, meinem Erachten nach, die wesentliche Gleichheit übersehen, und die alte Commanditgesellschaft aus der Reihe der Handelsgesellschaften streichen, weil hier Gemeinschaftlichkeit der Firma fehle, (die nur dem Namen nach bei der neuen vorhanden ist), und auf die neue möglichst die Bestimmungen der offenen Gesellschaft anwenden,

39) Ohne Eintragung in das Handelsregister besteht die neue Gesellschaft als solche nicht, Art. 144. Jede Aenderung in der Firma der Gesellschaft, wie in dem Sitze derselben, muß eingetragen werden, Art. 145. Ebenso der Eintritt eines neuen Commanditisten, Art. 146, die Auflösung der Gesellschaft, Art. 161.

welches Bestreben von Seiten der Commission sich in einer Reihe von Einzelheiten, z. B. in der Bestimmung über die jährliche Berechnung des Gewinns, offenbart. Wird die wesentliche Gleichheit anerkannt, so kann auch weder die Frage entstehen, wie das Verhältniß zu beurtheilen ist, wenn bei der neuen Commanditgesellschaft die Eintragung in das Handelsregister noch nicht erfolgt ist (Protocolle S. 1150), noch auch, welche Vorschriften bei der alten Commanditgesellschaft eintreten, wenn das Vorhandensein derselben durch den stillen Gesellschafter, oder mit dessen Willen durch Andere bekannt gemacht worden.

Die neue stille Gesellschaft hat, meinem Erachten zufolge, juristisch keine Lebensfähigkeit.

V.

Abschließung der Handelsgeschäfte. — Art. 295—301.

Unter der obigen Rubrik werden im Entwurfe vornämlich zwei Fragen beantwortet, die erste: wie lange ist der Offerent an seinen Antrag gebunden? die zweite: welcher Zeitpunkt gilt als der Zeitpunkt des Vertragsabschlusses bei einem unter Abwesenden zu Stande gekommenen Vertrag?

Die erste Frage kann in einem zwiefachen Sinn genommen werden, je nachdem man als Gegensatz des Gebundenseins an den Antrag denkt: der Antrag erlischt von selbst, oder aber: der Antrag kann zurückgenommen werden. In der ersteren Bedeutung ist der Ausdruck im Artikel 296 verbis: „widrigenfalls der Antragende an seinen Antrag nicht länger gebunden ist“[39]), genommen, in der zweiten Bedeutung im Eingange des folgenden Artikels.

Wir haben demnach bei dem ersten Punkte beide Fragen zu scheiden: kann der Offerent zu jeder Zeit seinen Antrag zurücknehmen? wie lange ist, sofern keine Zurücknahme erfolgt, der Antrag als rechtlich bestehend anzusehen?

I. Bei einer Offerte inter praesentes,

1) kann der Offerent sofort widerrufen.[40]) Fällt der Widerruf mit dem von Seiten Dessen, dem angeboten worden, ausge-

39) Sollte es nicht angemessen sein, zu sagen: „widrigenfalls der Antrag ls erloschen zu betrachten ist?“

40) Indirect anerkannt durch die Eingangsbestimmung des Artikels 297.

sprochenen Ja der Zeit nach zusammen, so entsteht kein Vertrag.

2) Auch ohne solchen Widerruf ist der Antrag als erloschen zu betrachten, wenn Derjenige, dem angeboten worden, mit der Annahme zögert.[41])

41) Die Worte des Entwurfs lauten: „die Erklärung muß sogleich abgegeben werden." — Das „sogleich" soll heißen „sogleich nach dem Angebot." Allein man denke, ich treffe an einem dritten Orte mit dem A. zusammen, und trage ihm ein kaufmännisches Geschäft an. Eine ganze Stunde und darüber dreht sich unser Gespräch nur um das Geschäft, welches ich angetragen habe, ohne daß ich meinen Antrag wiederhole. Jetzt erklärt der A.: „ich nehme an." Bin ich an meine Offerte gebunden? Ich meine „ja." Setze ich dahingegen den Fall, daß, ohne daß der A. sich irgend wie über den Antrag erklärt, das Gespräch sich unvermerkt auf ganz andere Gegenstände lenkt. Nach einer halben Stunde erklärt der A.: „ich nehme an." Hier, glaube ich, würde ich nicht gebunden sein. Wiederum anders steht es in dem Fall, wenn ich mich in das Haus des A. begebe, um ihm ein Handelsgeschäft zu offeriren. Wenn ich hier nun eine Stunde verweile, und der A. nach Ablauf derselben erklärt: „ich nehme an," so, meine ich, bin ich gebunden, gleichviel ob wir inzwischen über andere Gegenstände gesprochen haben. — Der Grund liegt darin, so lange das Gespräch sich lediglich um den Gegenstand der Offerte dreht, desgleichen so lange mein nur durch das projectirte Geschäft veranlaßter Aufenthalt im Hause des A. währt (anders, wenn er mich etwa bittet, an einer Gesellschaft in seinem Hause Theil zu nehmen, die grade versammelt ist), ist anzunehmen, daß ich jeden Augenblick mein Angebot wiederhole. — Wir müssen festhalten, daß die richterliche Prüfung durch die Bestimmungen des Artikels in der Frage, wie lange das Angebot als stillschweigend wiederholt gilt, nicht beschränkt ist.

Von dem Augenblick ab, wo das Angebot erfolgt ist, ohne daß solches ausdrücklich wiederholt, oder stillschweigend als wiederholt zu denken ist, darf nun aber derjenige, dem angeboten worden, nicht säumen. Er muß „sogleich" acceptiren. Was heißt „sogleich?"

Für die Zeit der Ueberlegung kommen regelmäßig zwei Momente in Betracht: die individuellen Verhältnisse Dessen, dem angeboten worden (der z. B. zu erwägen hat, ob er Mittel sofort flüssig machen kann, ob er Credit bei einem Dritten finden wird u. s. w.), und die objective Natur des angetragenen Geschäfts. Auf die ersteren — die individuellen Verhältnisse — kann keine Rücksicht genommen werden, wohl aber ist das zweite Moment zu beachten. Das „sogleich" ist demnach meines Erachtens so zu verstehen:

von dem Augenblick ab, wo der Offerent die Offerte gestellt, oder aber sie

3) Nur in der zweiten, nicht in der ersteren Beziehung tritt eine Aenderung ein, wenn der Offerent sich für eine bestimmte Zeit — eine Stunde, mehrere Stunden, einen Tag ꝛc. — gebunden erklärt.

4) Nur, wenn der Offerent vertragsmäßig auf sein Recht, die Offerte zurückzunehmen, auf die Dauer einer bestimmten Zeit verzichtet, tritt auch in ersterer Hinsicht eine Aenderung ein.[42])

II. Anders steht es nach Artikel 297 bei Offerten inter absentes.

1) Wann erlischt die Offerte von selbst?

Natürlich nicht, wie bei der Offerte inter praesentes, sofort. Vielmehr besteht sie während des ganzen Zeitraums, der unter Voraussetzung des ordnungsmäßigen Eintreffens der Offerte, der ordnungsmäßigen Absendung der Antwort, endlich des ordnungsmäßigen Eintreffens derselben bis zum Eintreffen dieser Antwort verstreichen mußte, Artikel 297 Satz 2.

Darin liegt keine Besonderheit. Dieser Unterschied von

---

den concreten Verhältnissen zufolge als stillschweigend wiederholt zu denken ist, muß die Annahme innerhalb derjenigen Zeit erfolgen, welche die Natur des angetragenen Geschäfts zur Ueberlegung verlangt.

Unter Umständen — vielleicht regelmäßig — werden wenige Augenblicke dazu genügen. Es kann aber das Geschäft auch ein derartig complicirtes sein, daß schon die bloße Ausrechnung der in Betracht kommenden Zahlen mehrere Stunden verlangt.

Der Offerent kann sich ja immer durch die Zurücknahme der Offerte sichern, möge dieselbe nun ausdrücklich erfolgen, oder stillschweigend; — man setze, er bietet an auf der Börse, kann keine Antwort erlangen, und wendet sich nun von Demjenigen ab, dem er offerirt. Auch ist dem Offerenten ja unbenommen, von vornherein eine augenblickliche Erklärung zu verlangen.

42) Es ist aber wohl zu beachten, ob der Offerent, wenn er erklärt: ich will auf eine Stunde, einen Tag ꝛc. gebunden sein, blos zu erklären beabsichtigt, meine Erklärung soll so lange als fortbestehend gelten, falls ich nämlich nicht widerrufe, oder ob er auf das Recht der Zurücknahme für die bestimmte Zeit verzichten will. Nur wenn er Letzteres beabsichtigte, hat die Annahme solcher Erklärung einen Sinn. — Im ersteren Fall bedarf es keiner Annahme.

einer Offerte inter praesentes ist nur durch die anderen factischen Verhältnisse hervorgerufen. Eine Besonderheit liegt aber

2) darin, daß bis dahin der Antragende seine Offerte nicht zurücknehmen darf. Artikel 297 Satz 1. Rechtliche Wirkung soll nur eine gleichzeitig bei Demjenigen, dem offerirt worden, eintreffende Zurücknahme, oder eine Zurücknahme, die vor der Offerte eintrifft, haben.

Einer theoretischen Rechtfertigung ist dieser Satz nicht fähig. Die Rechtfertigung könnte allein in einem praktischen Bedürfnisse liegen. Man hat hervorgehoben, Derjenige, dem angeboten worden, werde dadurch leicht in Nachtheil versetzt, daß er seine Einrichtungen in Gemäßheit der angenommenen (aber inzwischen vom Offerenten zurückgenommenen) Offerte treffen werde. Hier wird aber eine Ausgleichung dadurch geboten, daß man den Offerenten zum Schadenersatze verpflichtet erklärt — vergl. auch Thöl, Handelsrecht S. 247 — was sich auch gewiß vom Standpunkte des gemeinen Rechts rechtfertigen läßt.[43]) Weiter geht das praktische Bedürfniß gewiß nicht; im Gegentheil stehen gerade der Annahme des im Entwurfe aufgestellten Satzes erhebliche praktische Bedenken entgegen. Möglichste Gleichstellung in der Lage beider, des Offerenten, wie Dessen, dem offerirt worden, muß meines Erachtens angestrebt werden; auf die Möglichkeit, daß der Letztere, sofern der Widerruf des Offerenten nicht beschränkt wird, einen positiven Schaden erleiden kann, ist in genügender Weise Rücksicht genommen, wenn der Offerent zum Ersatze dieses Schadens verpflichtet erklärt wird. Positiv die Lage des Letzteren besser zu stellen, indem man ihm Gelegenheit giebt, etwaige Veränderungen des Courses rc. in der Zwischenzeit von der Absendung der Offerte bis zum Eintreffen derselben benutzen zu können, — dazu dürfte schwerlich ein praktisches Bedürfniß vorliegen.

Und was würde man mit dem Satze des Entwurfs er-

---

43) Vergl. l. 15. Dig. mandati vel contra (17, 1) verbis: ne damno afficiatur is, qui suscepit mandatum. Vergl. auch v. Scheurl, Vertragsabschluß unter Abwesenden, Jahrbücher für die Dogmatik rc. II. S. 275 ff.

reichen? Jedermann würde sich in Fällen, wo nicht unwahrscheinlicher Weise Veränderungen in nächster Zeit eintreten, die auf die Annehmbarkeit einer Offerte Einfluß haben, entweder hüten, mit einer bestimmten Offerte selbst hervorzugehen, vielmehr den andern Theil zu bestimmen suchen, bestimmte Vorschläge zu machen, oder aber gleich von vornherein bei einem Angebot sich die Befugniß, dasselbe zurückzunehmen, ausdrücklich vorbehalten!

Der zweite Punkt betrifft die viel besprochene Frage nach dem Zeitpunkt der Perfection eines inter absentes zu Stande gekommenen Vertrags.[44]) Der Entwurf spricht aus im Artikel 299:

> Ist ein unter Abwesenden verhandelter Vertrag zu Stande gekommen, so gilt der Zeitpunkt, in welchem die Erklärung der Annahme behufs der Absendung abgegeben ist, als der Zeitpunkt des Abschlusses des Vertrages.

Es möge hier verstattet sein, nur wenige Worte zur Rechtfertigung der Ansicht anzuführen, daß die Erklärung der Annahme regelmäßig zu dem Offerenten gelangt sein muß, damit der Vertrag zu Stande kommt.

Ich sage regelmäßig: Es ist zunächst möglich, daß der Offerent erklärt:

> es bedürfe keiner Antwort, vielmehr wolle er sich gebunden halten, sofern der Dritte, dem angeboten worden, überhaupt nur beistimme, ohne daß er nöthig habe, solche Beistimmung ihm, dem Offerenten zu erklären.

Es ist aber auch möglich, daß er ausdrücklich bestimmt: „ich erwarte bestimmt eine Antwort, und will meinerseits nicht eher gebunden sein, bevor die Antwort eingeht."

In beiden Fällen kann die Beurtheilung nicht zweifelhaft sein. Im letztern Falle ist der Vertrag entschieden erst mit dem Eintreffen der (acceptirenden) Antwort perfect. Bezüglich des ersten Falls könnte man geltend machen: wenn regelmäßig die Erklärung der Annahme zum Offerenten gelangt sein müsse, so müsse

---

44) Zuletzt von Scheurl erörtert in der bereits angezogenen Abhandlung. Die Literatur siehe bei Thöl, Handelsrecht, S. 245 ff.

ein Gleiches auch hier gelten, und könne daher der objective consensus nicht genügen, sofern nicht eben die Proposition, es bedürfe keiner Antwort, bereits in der fraglichen Weise acceptirt sei. Allein mit Unrecht. Es muß zur Perfection genügen, wenn diejenige Thatsache, deren Eintritt der Offerent verlangt, eingetreten ist, — in dem einen Fall bloßer consensus, in dem andern das Gelangen der acceptirenden Erklärung an den Offerenten.

An den Fall, wo der Offerent ausdrücklich erklärt hat, es bedürfe keiner Antwort, schließt sich die Reihe derjenigen Fälle an, wo solche Erklärung tacite in der Art und Weise, wie die Offerte ergangen, zu befinden ist. Dahin gehört, wenn ich einem Abwesenden ein Buch schicke, um es zu lesen, oder ein Pfand für eine Forderung, oder wenn ich Jemandem den Auftrag gebe, meine ihm sofort übersandte Sache einem Dritten zuzustellen[45]), oder endlich, wenn ich Jemandem eine Sache schicke, in der Absicht, sie ihm zu schenken. In allen diesen Fällen wird die Erwägung der concreten Umstände den Schluß auf den Willen des Offerenten gerechtfertigt erscheinen lassen, daß es keiner weiteren Antwort bedürfe, vielmehr er, der Offerent, sich gebunden halten wolle, sofern Derjenige, an den die Offerte ergangen, nur überhaupt beistimme. Hier ist es denn auch gleichgültig, ob das Angebot an einen Abwesenden oder Gegenwärtigen erfolgt.[46])

Wie steht es nun in den Fällen, in welchen der Offerent weder nach der einen, noch nach der andern Seite hin seinen Willen offenbart hat?[47])

---

45) Schlechthin läßt sich dieses schwerlich von jedem Mandatar behaupten.

46) Wenn ich, z. B. im Begriffe abzureisen, dem A. erkläre, auf meinem Schreibtische liege eine Rolle, enthaltend 100 Thlr., die ich ihm schenken — zum Darlehn geben — als Depositum anvertrauen — wolle, und dann eiligst mich entferne, ohne daß der A. erklärt „ich acceptire," so wird nichts destoweniger, wenn er in Folge davon die Rolle Geld an sich nimmt, der beabsichtigte Vertrag zu Stande kommen, obschon er mir gegenüber keine Erklärung abgegeben hat.

47) Gleichgültig ist dabei, ob die Offerte in Form einer Frage gestellt ist, oder nicht, d. h. ob der Offerent sagt, ich biete an so und so viel, zu dem und

Hier können lediglich die allgemeinen Grundsätze über Eingehung von Verträgen entscheiden.

Zum Vertrage ist auf Seiten Dessen, dem angeboten worden, nothwendig:

consensus und Erklärung desselben.

Aber dies Letztere reicht nicht hin. Der Consensus muß dem Offerenten gegenüber erklärt sein. Wenn der A. mir sein Pferd zum Kaufe für 20 Louisd'or anbietet, aber sich entfernt, um mir Zeit zur Ueberlegung zu lassen, oder mir ausdrücklich eine bestimmte Bedenkzeit giebt, so existirt ein Vertrag erst alsdann, wenn ich dem A. mein Accept erkläre, nicht schon, wenn ich etwa vor Zeugen die Erklärung abgebe, daß ich hiemit den Vertrag abschließen wolle, oder wenn ich in einer einem Dritten zur Aufbewahrung übergegebenen Schrift solche Erklärung abgebe. Es bleibt mir in beiden Fällen unbenommen, die Vertragsproposition auszuschlagen. Selbst wenn der Offerent zufällig erfahren sollte, daß ich einem Dritten meinen Consensus ausgesprochen, so würde er dadurch nicht das Recht erlangen können, auf Erfüllung des Vertrags zu bestehen — ebensowenig, wie ich ein gleiches Recht gegen ihn habe, wenn er in Gegenwart von Zeugen die Erklärung abgiebt, daß er mir sein Pferd für 20 Louisd'or offerire, und ich zufällig hiervon Kunde erhalte.

Mir gegenüber muß offerirt werden, dem Offerenten gegenüber muß ich annehmen.

Wie steht es nun — um auf den eigentlichen Gegenstand des Streites einzugehen — wenn das Angebot schriftlich erfolgt ist, und ich nun meinerseits einem Dritten den Auftrag gebe: „gehen Sie zu N. N., und erklären in meinem Namen, daß ich die Offerte vom heutigen Tage acceptire."

Richtet der Dritte die ihm übertragene Botschaft aus — so ist das Verhältniß gerade so, als ob ich mich selbst auf den Weg

---

dem Preise, oder wollen Sie so und so viel zu dem und dem Preise kaufen? Die Frage: „wollen Sie kaufen?" enthält zugleich das Angebot, ich will verkaufen, und die Erklärung: „ich will verkaufen," die Frage: „wollen Sie kaufen?"

gemacht und dem Offerenten persönlich mein „Ja" überbracht hätte. Der Unterschied beider Fälle liegt nur in dem Umstande, daß ich im ersten Falle schon vorher einem Dritten (dem nuncius) meinen auf Abschluß des Vertrags gerichteten Willen erklärt habe. Aber dieser Unterschied ist rein ein bloß factischer, kein rechtlicher. Denn er reducirt sich darauf, daß ich im letztern Falle schon vorweg ausgesprochen habe: „ich acceptire," welche Erklärung aber nach dem Obigen von keiner Bedeutung ist, wenn ich sie irgend einem Dritten gegenüber ausspreche. —

Will man beide Fälle — wo ich selbst auf Reisen mich begebe und mein „Ja" persönlich überbringe, und wo ich einen Boten abschicke, einander völlig gleichstellen, so darf man nur den ersten Fall so gestellt denken: ich erkläre einem Dritten, bevor ich abreise, „ich erkläre Ihnen hiermit, daß ich den von dem A. mir angebotenen Vertrag annehme, und will nun hinreisen, ihm dieses selbst zu sagen." — Hier würde doch nach dem Obigen der Vertrag erst durch meine dem Offerenten gegenüber abgegebene Erklärung zur Perfection kommen.

Ja genau genommen steht der Fall, wenn ich einen Boten absende, ihm den Auftrag gebend, mein „Ja" dem Offerenten zu überbringen, nicht einmal dem Falle gleich, wo ich, im Begriffe selbst abzureisen, einem Dritten erkläre: ich nehme hiermit an, und will dieses dem A. selbst sagen, sondern nur dem Falle, wo ich bei meiner Abreise bloß erkläre: ich reise ab, dem A. mein „Ja" auf seine Offerte zu überbringen.

Wie ich im letztern, so kann ich auch im erstern Falle meinen Willen ändern, und dem Boten erklären, „ich nehme den Auftrag zurück."

Recht deutlich liegt dieses zu Tage, wenn ich dem Auftrage an den Boten den Zusatz beifüge: „Sagen Sie dem A., ich nehme an, falls Sie nicht vorher noch Contreordre bekommen."

Dieses Zusatzes bedarf es nicht, da es sich von selbst versteht, daß ich einen Auftrag zurücknehmen kann.

Hält man nur das Eine fest, daß die Erklärung des Boten,

der N. N. acceptirt, als Erklärung des N. N. selbst anzusehen ist, so ist damit die Streitfrage schon entschieden.

Steht es nun anders, wenn ich dem Offerenten schreibe, „ich nehme an,“ als wenn ich ihm mein „Ja“ durch einen Boten kund thue?“ Gewiß nicht. Zunächst ist es ja z. B. möglich, daß ich den Brief einem Boten übergebe. — Hier ist klar, daß ich den Brief jederzeit vom Boten zurückfordern kann, daß also das Verhältniß gerade so ist, als ob ich dem Boten den Auftrag gebe, für mich mein „Ja“ dem Offerenten zu überbringen. Wenn ich hier den Zusatz mache, wenn Sie keine Contreordre bekommen[48]), so kann es wohl gar keinem Zweifel unterliegen, daß der Vertrag mit der Uebergabe des Briefes an den Boten noch nicht perfect sein kann. Aber jener Zusatz versteht sich ja von selbst.

So lange es noch in meiner Macht steht, ob das „Ja“ an den Offerenten gelangen soll, so lange kann der Vertrag noch nicht perfect sein.

Ist es nun anders, wenn ich den Brief zur Post absende? Factisch vielleicht, ich erhalte möglicher Weise den Brief nicht zurück, sofern ich mich nicht als Absender auf dem Couvert bezeichnet habe.

Aber rechtlich steht es ebenso.

Daß die Bestimmungen des Art. 299 juristisch nicht mit der voraufgehenden Bestimmung im Art. 298 Satz 2 in Einklang zu bringen sind, ist bereits in der 65. Session S. 578 anerkannt.

Dieser Widerspruch ist aber wohl geeignet, eine wiederholte Prüfung der Frage zu veranlassen, die im Artikel 299 entschieden ist. Vielleicht ergiebt solche wiederholte Prüfung, daß die Controverse selbst zu einer Entscheidung im gesetzlichen Wege noch nicht reif ist. — Ein besonderes Interesse für eine gesetzliche Entscheidung bloß im Gebiete des Handelsrechts liegt schwerlich vor. — Wichtiger wäre es, vielleicht den Ort des Abschlusses zu bestimmen; dieses ist jedoch abgelehnt. (Protocolle S. 576.)

48) Man denke z. B. ich sage dem Boten: „gehen Sie erst bei meinem Geschäftsfreund N. N. vor, wenn Sie von diesem Contreordre bekommen, geben Sie den Brief nicht ab, und instruire nun gleichzeitig meinen Geschäftsfreund.

Zum Schluß nur noch die Bemerkung, daß, wenn es nach der richtigen Bemerkung in von Savigny's System, VIII. S. 235 so anzusehen ist, als ob der Absender des ersten Briefes sich zu demjenigen hinbegiebt, welchem er schriftlich offerirt, dann es auch umgekehrt so betrachtet werden muß, als ob sich der Letztere auf die Reise zum Offerenten begiebt, und diesem sein „Ja" überbringt.

VI.

Die Interpretationsregeln des Entwurfs.

Wir verstehen unter „Interpretationsregeln" die Rechtssätze, welche die Auslegung zweifelhafter Willenserklärungen zum Gegenstande haben. Es ist nothwendig, die Rechtssätze dieser Art in ihrem Zusammenhange mit den übrigen Arten derselben zu betrachten.

Die juristischen Thatsachen, d. h. diejenigen Facta, mit welchen das Privatrecht eine rechtliche Disposition — Erwerb, Verlust eines subjectiven Rechts — verbindet, zerfallen in zwei große Massen. Sie bestehen entweder in freien Handlungen des Betheiligten, bei welchen der Wille unmittelbar auf die Begründung oder Auflösung eines Rechts gerichtet ist — Rechtsgeschäften; oder in Thatsachen anderer Art, freien Handlungen, bei denen es an jenem Willen fehlt, zufälligen Umständen 2c.

Diese Verschiedenheit ist im ganzen Privatrechte, insonderheit auch im Obligationenrechte von der größten Bedeutung. Die einzelnen Obligationen zerfallen hiernach in zwei Abtheilungen: in Obligationen aus Rechtsgeschäften und ex aliis causis (Quasicontracten, Delicten u. s. w.).

Wir können auch den Gegensatz so bezeichnen: Obligationen aus Rechtsgeschäften, und Obligationen unmittelbar aus rechtlicher Vorschrift originirend. Freilich ist richtig, daß alle Obligationen in einer rechtlichen Vorschrift ihren Grund haben; bei der ersten Classe besteht die Rechtsvorschrift aber in der Anerkennung des auf Begründung einer Obligatio gerichteten Willens.

Das Recht erkennt hier den auf einen rechtlichen Erfolg gerichteten Willen an, indem es einestheils gewisse allgemeine Erfordernisse vorschreibt, — Erklärung des Willens, bei zweiseitigen Rechtsgeschäften consensus — anderntheils aber bestimmte Schranken zieht, theils formeller Natur (Bestimmung einer besonderen Form, z. B. schriftlicher Errichtung) theils materiellen Inhalts.

Es giebt aber Uebergänge von der ersten Classe von Rechtsvorschriften zu der zweiten.

1. Die Erklärung des Willens ist der Auslegung bedürftig. Es könnte nun die Ermittelung des Gewollten ganz und allein der richterlichen Prüfung überlassen bleiben. Es kann aber auch ein Rechtssatz eingreifen und den Richter bei der Interpretation binden.

Die Rechtsregeln dieser Art — Rechtsregeln der Auslegung — pflegt man in generelle und specielle einzutheilen. Diese Scheidung, die ohnehin als eine relative erscheint, hat keine Bedeutung. Nur die Bemerkung mag Platz finden, daß die Mehrzahl der sogen. allgemeinen Interpretationsregeln keine Rechtssätze, oder wenigstens doch keine, die Interpretation regelnde, Rechtssätze enthält. Wenn es z. B. im Artikel 261 heißt

> bei Beurtheilung und Auslegung der Handelsgeschäfte hat der Richter den Willen der Contrahenten zu erforschen, und nicht an dem buchstäblichen Sinn des Ausdrucks zu haften — vergl. l. 219 Dig. 50, 16 —

so ist damit nur ausgesprochen, was sich aus dem Begriffe von Rechtsgeschäften oder Willenserklärungen von selbst ergiebt, und eine Interpretationsregel, die den Richter gerade bei Eruirung des Gemeinten leiten soll, nicht gegeben.

Dahingegen wird ein anderer Unterschied von großer Bedeutung. Wir haben dabei zunächst die speciellen Interpretationsregeln im Auge, obwohl von den allgemeinen Interpretationsregeln, sofern sie Solches wirklich sind, dasselbe gilt.

a) Dieser Unterschied besteht darin, daß die eine Art nur „im Zweifel" zur Anwendung kommt, d. h. nur da, wo nicht aus den die Willenserklärung begleitenden oder ihr voraufgehen-

den Umständen die Absicht der Handelnden zu eruiren ist. Dahin gehören die bei Savigny, Obligationenrecht Theil II. S. 192 ff., aufgeführten Sätze des Römischen Rechts, viele Bestimmungen aus dem 33. Buche der Digesten, unter andern die Bestimmungen im Titel de supellectile legata Dig. 33, 10; aus dem Entwurfe unter andern der Satz Art. 311:

„ist die vertragsmäßige Frist zur Erfüllung einer Verbind-
„lichkeit verlängert worden, so beginnt die neue Frist im
„Zweifel am ersten Tage nach Ablauf der alten Frist.[49])

Zunächst wird der Richter demnach in einem solchen Falle, wie ihn der angezogene Artikel vor Augen hat, die concreten Umstände zu berücksichtigen haben und erst alsdann, wenn auch diese den Zweifel, von wo ab die neue Frist zu berechnen ist, nicht heben, die fragliche Bestimmung zur Anwendung bringen dürfen.

b) Es ist aber auch möglich, daß der Rechtssatz jeden Streit über die Bedeutung der Willenserklärung abschneiden will. Er kann bestimmen: liegt eine bestimmte, an und für sich zweideutige, Erklärung vor, so soll jeder Streit abgeschnitten werden, der Richter nicht mehr nach den Umständen des concreten Falls prüfen, was beabsichtigt ist, vielmehr dieses oder jenes als gemeint und gewollt zu Grunde legen. Zu dieser Art gehören eine Reihe einzelner Sätze des Entwurfs; es mag vorläufig genügen, die Bestimmung des Artikels 305 im 2. Satze herauszuheben:

„ist die Erfüllung auf die Mitte eines Monats gestellt wor-
„den, so gilt der 15. dieses Monats als der Tag der Er-
„füllung."

Hat der fragliche Monat 31 Tage, so wird der Ausdruck „Mitte des Monats" zweifelhaft erscheinen lassen, ob der 15. oder 16. Tag gemeint ist. Die Umstände des concreten Falls könnten hier nun entschieden darauf hinweisen, daß die Partheien den 16. des fraglichen Monats bezielt haben, gleichwohl wird der Richter durch

---

49) Der fragliche Satz entspricht nicht der Intention, die sich in den Protocollen Seite 583 offenbart.

jene Bestimmung gebunden sein. Dasselbe müßte gelten, wenn die Erfüllung auf die Mitte des Monats Februar gestellt ist, obschon hier Keiner der Contrahenten an den 15. gedacht haben wird. Nur eine ausdrückliche Erklärung könnte die Anwendung des fraglichen Artikels ausschließen, wenn z. B. der Schuldschein so lautet „ich zahle medio Juli d. h. am 16. Juli."

Die Interpretationsregeln beider Arten bilden — wie dieses vorhin bemerkt worden — einen Uebergang von der Classe derjenigen Rechtssätze, die den auf einen rechtlichen Erfolg gerichteten Willen des Handelnden sanctioniren, zu der andern Classe, in welcher der Eintritt einer rechtlichen Disposition von einer anderweitigen juristischen Thatsache abhängig gemacht wird. Es ist möglich, daß die Anwendung der Interpretationsregeln zu dem von den Partheien Bezielten hinführt, es mag dieses sogar in der Mehrzahl der Fälle zutreffen, immer aber ist möglich, daß die Anwendung ein entgegengesetztes Resultat herbeiführt, selbst bei der ersten Art derselben, noch mehr bei der zweiten, wo selbst unter Umständen der wirkliche Eintritt dieser Möglichkeit erkennbar werden kann. In solchen Fällen nun ist nicht mit dem Willen, sondern der Erklärung eine rechtliche Folge verbunden.

c) Noch bestimmter tritt dieses bei einer dritten Art von Interpretationsregeln hervor. Während bei der zweiten Art eine ausdrückliche entgegengesetzte Erklärung die Anwendung des Rechtssatzes ausschließt, ist bei dieser dritten die Zulässigkeit solcher entgegenstehenden Erklärung aufgehoben, oder doch beschränkt. Aus dem Entwurfe gehört hierher die Bestimmung über den Procuristen, die wir bereits früher betrachtet haben. Wenn ein Kaufmann einem Dritten erklärt, ich bestelle Dich zum Procuristen, oder ich ertheile dir Procura, so hat er eben damit ihm bezüglich seiner Handlung eine Vollmacht übertragen, deren im Recht bestimmter Umfang nur in beschränkter Weise vertragsmäßig verengt werden kann.

Die Interpretation hat es nur mit dem erklärten Willen zu thun.

2. Es greifen aber bei Rechtsgeschäften auch

Rechtssätze ein, welche die Rechte respective Verpflichtungen bestimmen, **wo es an einer Erklärung des Willens fehlt.** Die rechtliche Disposition tritt hier ein, unabhängig davon, ob der Wille der Partheien darauf gerichtet gewesen ist. Ein Unterschied offenbart sich hier darin, daß die Anwendung eines Theiles der hierher gehörigen Rechtssätze durch den entgegenstehenden Willen der Handelnden ausgeschlossen wird, eines andern Theiles nicht.

a) Zu der ersteren Art gehört eine überaus große Zahl der dem Obligationenrecht angehörigen Sätze, und manche Bestimmungen des Entwurfs, vrgl. Artikel 108, 250, 263, 313, 320, 328, 335 u. s. w. Man kann sagen, diese Rechtssätze sind eine Auslegung des nicht erklärten Willens, wie die Sätze sub 1 eine Auslegung des erklärten Willens zum Gegenstande haben, muß aber dabei festhalten, daß sie nicht schon dann ausgeschlossen werden, wenn in einem bestimmten Falle Momente vorliegen, welche auf die gegentheilige Absicht hinweisen. Vielmehr treten sie ein nach rechtlicher Vorschrift, und können bei Verträgen nur durch eine entgegenstehende Vereinbarung, die freilich unter Umständen auch stillschweigend erfolgen kann, ausgeschlossen werden. Und ferner muß man festhalten, daß ihr Inhalt, „wenn und weil er nicht geändert, nicht als ein (stillschweigend) vereinbarter aufgefaßt und als solcher behandelt werden darf.“[50]) Nach beiden Beziehungen steht es anders bei den Interpretationsregeln.

Des Unterschiedes, daß in einigen Fällen eine jede Willenserklärung genügt, die Anwendung dieser Sätze auszuschließen, in

---

50) Vrgl. Thöl, Einleitung ins deutsche Privatrecht S. 120.

Oft ist schwer zu entscheiden, ob ein bestimmter Satz zur 1. oder 2. Classe gehört. Der Rechtssatz „bei einem Kauf auf Probe ist die Bedingung in dubio als eine aufschiebende zu betrachten, Art. 316, gehört meiner Meinung nach in die erste Classe und zwar in die erste Abtheilung derselben. Hier handelt es sich nämlich bloß um Interpretation des Wortes „auf Probe.“ Dahingegen möchte diese Annahme bedenklich sein bei der Bestimmung des Art. 314, obwohl diese sich nach den Worten: „als die vertragsmäßigen zu betrachten“ ganz entschieden als zur Classe sub 1 gehörig einführt.

andern Fällen aber eine bestimmte Form[51]) vorgeschrieben ist — dieses Unterschiedes mag hier nur Erwähnung geschehen, um zu zeigen, daß Sätze dieser letzteren Art wiederum einen Uebergang bilden

b) zu derjenigen Classe hierher gehöriger Sätze, die absolut eintreten, deren Anwendung mithin pactis privatis nicht ausgeschlossen werden kann.

In beiden Arten von Rechtssätzen sub 2a und b ist ein weiterer Fortschritt von derjenigen Classe, die den auf einen rechtlichen Erfolg gerichteten Willen des Handelnden sanctionirt, zu der anderen, in welcher eine rechtliche Disposition unmittelbar einer rechtlichen Vorschrift ihren Grund verdankt (in dem angegebenen Sinne) bemerkbar. Sie unterscheiden sich von der letzteren Gattung von Rechtssätzen nur dadurch, daß sie eine Willenserklärung voraussetzen, woran der Rechtssatz einen über die Willenserklärung hinausgehenden rechtlichen Erfolg knüpft.

Es mag hier endlich noch die Bemerkung Platz finden, daß auch bei dieser zweiten Classe von Rechtssätzen, wo ein Recht respective eine Verpflichtung unmittelbar ex lege eintritt, jener Unterschied zwischen dispositivem und absolutem Recht statthat — um damit die Uebersicht über die verschiedenen Arten von Rechtssätzen zu vollenden[52]) und dadurch die Stellung der Interpretationsregeln im Systeme klar zu machen.

Um nun von dieser allgemeinen Betrachtung speciell auf die Bestimmungen des Entwurfs überzugehen, so muß zuvörderst das Bedenkliche hervorgehoben werden, welches in der Aufstellung von Interpretationsregeln überhaupt, zumal aber in solchem Umfange[53])

51) Eine Beschränkung liegt schon darin, wenn das Recht eine „ausdrückliche" Willenserklärung verlangt, um die Anwendung auszuschließen, vergl. Art. 99. Das „ausdrücklich" dürfte hier übrigens in den ersten, nicht in den zweiten Satz gehören.

52) Ich hoffe an einem andern Orte hierauf näher eingehen zu können.

53) Es gehören hierher die Artikel 267, 268, 300, 305, 306, 307, 310—315, 316 Satz 1 im Eingange, 317, 318 u. andere. Wie bemerkt, von manchen Sätzen kann es zweifelhaft sein, ob dieselben zu den Interpretationsregeln gehören.

liegt, in welchem sie sich im Entwurfe finden. Es ist vorzugsweise Aufgabe des Rechts, den unausgesprochenen Willen bei den einzelnen Rechtsgeschäften zu regeln; wo der Wille ausgesprochen ist, ist es Aufgabe des Richters den Sinn der Erklärung zu eruiren, und es ist gewiß höchst bedenklich, die richterliche Prüfung in der Weise einzuschränken, wie Solches geschehen ist.[54]) Auch kann es, sofern der Gesetzgeber einmal Rechtssätze aufstellen will, welche die Auslegung von Willenserklärungen zum Gegenstande haben, der Natur der Sache nach eine Gränze, wie weit hier zu gehen ist, gar nicht geben, so daß es immer rein zufällig sein muß, wie viel oder wenig in der fraglichen Beziehung aufgenommen wird. Aber noch bedenklicher ist es, daß unter den Interpretationsregeln eine verhältnißmäßig sehr große Anzahl von Regeln sich findet, die nicht etwa bloß in dubio zur Anwendung zu bringen sind, — da, wo bei einer an sich zweideutigen Erklärung auch die Umstände, unter denen dieselbe abgegeben, den Zweifel nicht heben — sondern mittelst welcher eben ein jeder Streit über die Bedeutung eines bestimmten Ausdrucks abgeschnitten werden soll. Finden sich im Gebiete der Römischen Jurisprudenz freilich auch hierher gehörige Sätze, so gingen die Römischen Juristen im Ganzen vorsichtiger zu Werke. Bestimmen sie gleich in sehr eingehender Weise, was vom Testator gemeint ist, wenn er diese oder jene Sache legirte (vergl. das 33. Buch des Digesten), so erkennen sie doch mehrfach an, daß es zunächst auf seine Absicht ankomme, l. 7 §. 1 u. 2 Dig. 33,10, und die fraglichen Bestimmungen nur dann zur Anwendung kommen sollten, wenn die Absicht sich anderweitig nicht eruiren lasse.

Man kann aber auch unschwer im Einzelnen nachweisen, daß wirklich die Anwendung der hierher gehörigen Sätze zu einem bedenklichen Resultate führen kann. — So heißt es im Artikel 300:

---

54) Mit diesem Streben des Entwurfs, dem Richter bei der Prüfung des von den Handelnden Gewollten möglichst enge Schranken zu ziehen, steht auch das Streben im Einklang, die Handelnden selbst beim Abschluß von Rechtsgeschäften möglichst zu binden. Unverhältnißmäßig viele einzelne Sätze schließen die Privatwillkür aus oder beschränken dieselbe.

„eine Annahme unter Bedingungen oder Einschränkungen
„gilt als Ablehnung des Antrags, verbunden mit einem neuen
„Antrage."

Dieser Satz gehört offenbar zu der hier in Rede stehenden Art von Interpretationsregeln, welche allen Streit über den Sinn abzuschneiden bestimmt sind. Er besagt demnach, daß wer auf die Offerte: „ich verkaufe 100 Last Weizen zu dem und dem Preise," antwortet: „ich nehme an, wiewohl mit der Nebenbestimmung, daß Sie den Weizen einen Monat auf Ihre Kosten lagern lassen," eben damit erklärt:

die Offerte, die Sie mir gemacht haben, lehne ich ab,
dahingegen offerire ich meinerseits Ihnen folgendes Geschäft 2c.

In den meisten Fällen wird die Intention der Handelnden durch jene Bestimmung richtig getroffen sein.

Aber man setze, der Offerent habe unter dem ersten eines bestimmten Monats geschrieben:

„ich offerire Ihnen 100 Last Weizen zu dem und dem Preise.
„Sie wollen umgehend gütigst antworten. Denn wenn ich
„mich schon bis zum 15. dieses gebunden erkläre, so liegt mir
„doch daran, baldigst Nachricht zu bekommen,"

und die Antwort habe dahin gelautet:

„Den Augenblick ist mir nicht möglich, mich rein zu erklä-
„ren; ich stehe in Unterhandlung mit Jemandem in Ansehung
„des Weizenvorrathes, den ich selbst gelagert habe. In weni-
„gen Tagen muß sich dieses entscheiden, jedenfalls bis zum
„12. d. M. Für den Fall, daß die Verhandlungen
„zum Abschlusse führen, will ich hiermit angenom-
„men haben."

Einen Tag nach Ankunft dieses Briefs — am 10. — trifft nun ein zweites Schreiben ein, des Inhalts:

„ich habe meinen Vorrath geräumt, und nehme nunmehr
„rein an."

Legt man hier die Bestimmungen des Entwurfs zu Grunde, so gelangt man zu dem Resultate, der Offerent ist nicht mehr gebunden. Er hat sich freilich bis zum 15. gebunden erklärt, und

würde mithin gebunden sein, wenn Derjenige, dem er angeboten, den ersten Brief gar nicht geschrieben, oder nur aus demselben die hervorgehobenen Worte: „für den Fall, daß die Verhandlungen ꝛc.“ weggelassen hätte. Aber jene Worte enthalten nach Artikel 300 eine Ablehnung des Antrags, so wie derselbe gestellt worden. Der Antwortende hat erklärt: „ich lehne ab, offerire Ihnen aber einen andern Vertrag, dahin gehend ꝛc.“ In Folge jener Ablehnung ist die Wirksamkeit der Offerte erloschen, daher denn die Annahme in dem zweiten Briefe bedeutungslos ist.

Es wird keiner weiteren Bemerkung darüber bedürfen, daß in diesem Falle die in Gemäßheit des Artikels 300 gegebene Interpretation mit der Absicht des Handelnden nicht übereinstimmt. Er will nach dem ganzen Zusammenhange seines Schreibens die Offerte, wie sie gestellt ist, nicht ablehnen, sondern sich über dieselbe binnen der gesetzten Frist entscheiden, seinerseits sich aber daneben schon im Voraus für den Fall des Eintritts der gesetzten Bedingung binden. Hätte er dieses ausdrücklich ausgesprochen, so würde die Anwendung des Artikels aufgehoben sein. Aber da es an einer ausdrücklichen Erklärung in diesem Sinne fehlt, die Absicht des Artikels 300 aber gerade dahin geht, den Streit darüber abzuschneiden, was von den Partheien unter den besonderen Umständen eines concreten Falls mit einer Annahme „unter Bedingungen“ gemeint ist, so muß auch die Bestimmung jenes Artikels zur Anwendung kommen.

Und so lassen sich denn bei allen in diese Kategorie gehörigen Sätzen des Entwurfs mit leichter Mühe Fälle construiren, wo die Entscheidung des Entwurfs mit dem Gewollten in Widerspruch steht. Schwerlich kann man sagen, Fälle dieser Art lassen sich wohl theoretisch construiren, werden aber im wirklichen Leben selten oder nie vorkommen. Die Praxis bietet an Besonderheiten mehr, als die Theorie sich zurecht zu construiren vermag.

Zum Schlusse ist noch hervorzuheben, daß nicht selten schwer zu erkennen ist, ob eine bestimmte Vorschrift des Entwurfes der ersten oder zweiten Art von Interpretationsregeln angehört. Wo der Entwurf einer Bestimmung den Zusatz: „im Zweifel“ beifügt,

ist freilich klar, daß solche der ersten Art beizuzählen ist, wo es aber an solchem Zusatze fehlt, ist zwar die Annahme, der Entwurf habe jeden Zweifel über die Bedeutung abschneiden wollen, in einzelnen Fällen entschieden gerechtfertigt — so z. B. in dem Artikel 305, Satz 2 — in anderen Fällen aber nicht ohne Bedenken. Es wäre gewiß wünschenswerth, daß der Entwurf sich hierüber allenthalben ganz bestimmt und deutlich aussprechen möchte.

Druck von J. B. Hirschfeld in Leipzig.